律师经典案例

Selected Cases on law

第二辑

浙江省省直律师协会　主办

唐国华　主编



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社



律师经典案例

Selected Cases on law




ISBN 978-7-308-06249-7

9 787308 062497 >

定价：21.00元

律师经典案例

Selected Cases on law 第二辑

浙江省省直律师协会　主办
唐国华　主编



图书在版编目（CIP）数据

律师经典案例. 第2辑／唐国华主编. —杭州：浙江大学出版社，2008.10
ISBN 978-7-308-06249-7

Ⅰ.律…　Ⅱ.唐…　Ⅲ.法律－案例－中国　Ⅳ.D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字（2008）第154376号

律师经典案例

唐国华　主编

责任编辑　周卫群
封面设计　刘依群
出版发行　浙江大学出版社
（杭州市天目山路148号　邮政编码310028）
（E-mail：zupress@mail.hz.zj.cn）
（网址：http://www.zjupress.com
http://www.press.zju.edu.cn）
电话：0571—88925592　88273066（传真）
排　　版　浙江大学出版社电脑排版中心
印　　刷　富阳市育才印刷有限公司
开　　本　787mm×960mm　1/16
印　　张　11.75
字　　数　200千
版 印 次　2008年10月第1版　2008年10月第1次印刷
书　　号　ISBN 978-7-308-06249-7
定　　价　21.00元

版权所有　翻印必究　印装差错　负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话(0571)88072522

前　　言

随着中国律师业的进一步发展，律师业的专业化水平正逐步发展和提高。我们提倡并鼓励建设专业化的律师事务所和培养高素质的律师，社会发展的需求使社会各层面诸如刑事、民事、行政、知识产权、建筑与房地产领域都需要相应的专业律师提供优质的法律服务。简单如离婚纠纷、债权债务纠纷、刑事辩护，复杂如股票上市、收购兼并、大型基建项目等均离不开专业的律师。只有以专业化为前提和基础的律师事务所和律师团队，才是律师业正确的发展方向，才能产生1+1>2的效应。

案例是集律师经验、技能、智慧等诸多因素的重要载体，为推动和促进律师事务所和律师的专业化水平，也使律师的办案实践成果能有效传播与交流，本书结集分析了一些律师经典案例。当然，律师不同于专业学者，更不同于作家，为应对日益繁杂的案件工作，大多数律师终日埋头于案件的处理中，因此，非有特殊兴趣和坚定意志恐怕难以将自己的角色转换到学术研究中来。但是，通过办理各类案例，尤其是经典案例为律师提高专业水平、促进交流等提供了一个重要途径。

为此，浙江省省直律师协会召开了律师经典案例征集研讨会，各省直律师事务所律师积极投稿，经本书编委会集体评议，选了其中部分优秀经典案例出版。案例归类为民事篇、刑事篇、行政篇、公司与证券篇、建筑与房地产篇、知识产权篇六个专业。通过对经典案例的讨论点评，充分展现了律师承办案件精华之处，也加强了律师对案件处理经验、技能的相互交流，反映出广大律师的实践成果。

本书案例均为律师作者本人已经办结之案件，希望通过本案例选能对律师同行、其他法律职业共同体、法律职业兴趣爱好者及其他社会人士有一定的借鉴和帮助。书中不足之处，真诚地欢迎广大读者提出批评意见。

本书编委会

2008年7月于杭州

目　　录

民　事　篇

刑　事　篇

PDG

行　政　篇

公司与证券篇

建筑与房地产篇

知识产权篇



民 事 篇





提供假发票，责任谁承担

——某一买卖合同纠纷案评析

李 明[*] 谢 贞

案情简介

原告：杭州××水泥经营有限公司

被告：浙江××水泥有限公司

2005年4月22日，原告与被告签订购销合同，约定由原告购买被告生产的散装水泥，型号32.5的为180元/吨，型号42.5的为205元/吨，数量以实际发货为准。交货地点为杭州码头。运输方式和结算标准为船运，被告代办运输，运费为20元/吨。结算方式约定为被告凭原告授权委托人签字的发货回单向原告结算，被告提供税务发票，一票结算。货款满人民币50万元结算一次。若原告确因资金困难，被告同意原告延迟数日付款，被告不停止供货。

购销合同签订以后，被告通过船只将水泥运至原告处，原告承担运费。原告将水泥款和运费一并支付给被告。被告起初开具给原告的发票是将水泥款和运费合并在一起，开一张发票。从2005年5月起，被告将水泥款和运费分开，开两张发票：一张由原告自己开具，是水泥款；一张由被告向运输公司开具，是运费。然后被告将两张发票提供给原告，原告收到上述发票后支付水泥款和运费。

原告在2005年7月至2006年间通过中国农业银行向被告支付水泥款，同时被告向原告开具增值税发票5份。被告销售部业务员周××在2005年4－5月去杭州出差时，经人介绍与一个自称为“卢继楠”的人认识，可以5%的价格代开运输发票。后周××找卢继楠开具了承运人为杭

[*] 李 明：男，毕业于中南政法学院（现为中南财经政法大学），英国曼彻斯特大学商学院访问学者，专业从事建筑房地产、合同纠纷、公司事务，专职律师。

PDG

州××汽车运输公司的5张运输发票，拿到发票后周××支付了相应的开票费用。被告销售部经理喻××用上述发票与原告结算运费。原告对上述发票作了增值税进项转出处理。该5张运输发票经杭州市拱墅区国家税务局稽查后责令原告对上述5张发票补交增值税23330.43元，相应滞纳金4192.33元，企业所得税102287.27元。原告分别于2006年9月21日、9月25日分六次补交了上述款项。

原告补交上述款项后，要求被告承担上述款项。被告不同意，原告诉至法院，要求法院判决：1.被告赔偿损失129810.03元；2.被告支付利息6480元(从2006年9月21日起计算8个月，利率万分之二点一)；3.被告承担本案诉讼费用。

争议焦点

一、原告支付给被告的款项是否包含水泥款和运费

被告认为原告支付给被告的仅仅是水泥款，不包含运费。原告认为原告支付给被告的款项是包含水泥款和运费的，理由是：

1.购销合同第3条约定运费为20元/吨，这说明合同明确约定原告除了要向被告支付水泥款外，还要单独向被告支付运费。

2.被告公司散装水泥发货分户账中，将运价和销售价单独作为两栏，2004年8月27日至11月18日的运价为23元/吨，11月21日至2005年3月25日的运价为22元/吨，3月25日至5月31日的运价为20元/吨，5月31日至6月22日的运价为22元/吨，6月26日至12月24日的运价为20元/吨，在计算发出金额时将运价和销售价相加然后乘以数量(举例说明：2004年8月27日，数量398.38吨，运价23元/吨，销售价217元/吨，发出金额95611.2元，计算公式为(23+217)×398.38=95611.2)，这说明原告支付给被告的款项是包括水泥款和运费的。

3.被告自己开具给原告的增值税发票的金额也是包含水泥款和运费的。举例说明：被告2005年4月28日开具给原告的增值税发票，号码为06954052，规格型号42.5，数量2547.52吨，价税合计573192元，计算公式为573192÷2547.52=225。对照被告公司散装水泥发货分户账，2005年4月23日，水泥编号42.5的运价是20元/吨，销售价是205元/吨，两者相加，正好是225；2005年5月1日，水泥编号42.5的运价是20元/吨，销售价是205元/吨，两者相加，也正好是225。这说明原告支付给被告的款项

PDG

是包括水泥款和运费的。

4.喻××在询问笔录(第1页)中讲到“问:你们公司和杭州××水泥经营有限公司有无业务往来?答:有的,我们公司给‘杭州××’供水泥的并负责运输到杭州,我们公司卖给杭州××的水泥价格是包含运费的,不过水泥发票和其运输发票是分开的,这些发票都是我拿到‘杭州××’去和他们结算的”。这也说明原告支付给被告的款项是包括水泥款和运费的。

5.周××在询问笔录(第1页)中讲到“这些运输发票都是我托杭州一个叫‘卢继楠’的人开来的,开来后我把发票交给我们公司销售部经理喻××,他拿去向‘杭州××’结算水泥运输费用的。”这也说明原告支付给被告的款项是包括水泥款和运费的。

二、喻××、周××的行为是代理行为还是个人行为,应不应由被告承担责任

被告认为喻××、周××的行为涉嫌犯罪,是其个人行为,应由其个人承担责任,与被告无关。原告认为喻××、周××的行为是代理行为,应由被告承担责任。理由是:

1.原告与喻××、周××之间没有业务往来,不存在原告要求喻××、周××提供发票的理由。

2.原告与被告之间有业务往来,喻××、周××是被告公司销售部人员,喻××还是销售部经理。被告作为收款方,有义务向原告提供发票。

3.喻××在询问笔录(第1页)中讲到“问:你目前的职业?答:我从2003年9月开始就在浙江××水泥有限公司销售部工作,目前是销售部经理。问:你们公司和杭州××水泥有限公司有无业务往来?答:有的,我们公司给杭州××提供水泥的,并负责运输到杭州,我们公司卖给杭州××的水泥的价格是包含运费的,不过水泥发票和其运输发票是分开开的,这些发票都是我拿到杭州××和他们结算的”。周××在询问笔录(第1页)中讲到“问:你的职业?答:我从2005年3月底开始在浙江××水泥有限公司销售部做业务员一直至今。问:那2005年7月25日发票号码为00716914金额为15962.98元,号码为00716915金额为57178.88元,2005年9月6日号码为00285787金额为66793.2元,2005年9月28日号码为00285831金额为91840元,2005年9月30日号码为00285840金额为101516.8元,开票单位均为‘杭州××汽车运输有限公司’,货物为水泥,收款单位为‘杭州××水泥经营有限公司’的5张‘公路、内河货物运输业统一发票’你知道

PDG

吗？答：我知道的，这些运输发票都是我托杭州一个叫'卢继楠'的人开来的，开来后我把发票交给我们公司销售部经理喻××，他拿去向'杭州××'结算水泥运输费用。"（第4页）问："你去开这些运输发票你自己有好处吗？答：我一分钱好处也没有的，开票5%的费用都是厂里出的。"上述笔录清楚地表明，喻××、周××是代表被告去开具上述发票，然后将上述发票提供给原告，到原告公司结算运费。因此，喻××、周××的行为是代表被告的行为，是代理行为，而不是个人行为，应由被告承担责任。

三、原告补交的款项是否应由被告承担

被告认为原告有纳税的义务，这些款项本来就是原告应该缴纳的税款，不应由被告承担。原告认为这些款项原告是可以抵扣的，只是由于被告提供了假发票才致使原告补交税款，因此，这些款项应由被告承担。理由是：

《合同法》第107条规定："当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。"

本案中，原告向被告购买水泥，向被告支付水泥款和运费，被告应向原告提供发票。根据增值税发票管理的规定，被告提供的增值税发票，原告是可以进行抵扣的。被告在此之前向原告开具的符合一票结算要求的增值税专用发票，原告都予以抵扣，未发生税务部门对这些发票作增值税进项转出处理的事情。这说明，只要被告提供符合一票结算的增值税发票，原告是可以进行抵扣的。

《运输发票增值税抵扣管理试行办法》第3条规定："运输单位提供运输劳务自行开具的运输发票，运输单位主管地方税务局及省级地方税务局委托的代开发票中介机构为运输单位和个人代开的运输发票准予抵扣。"退一步讲，即使被告将运费发票单独开具，只要是真实的发票，原告也是可以抵扣的。

相反，本案所涉及的5张杭州××汽车运输有限公司的发票，被告与杭州××汽车运输有限公司之间不具有真实的货物运输关系，被告是通过船只将水泥运送给原告，即使运送的船只无法提供发票，被告也可以到税务部门开具。喻××在询问笔录（第3页）讲到"到税务机关要7%的费用，这么开开只要4%～5%的费用，为了节省点钱就这么开了"。被告也就是为了省点钱，而向原告提供了假发票。正是由于被告提供的假发票，致使原告补交了税款，如果这些发票是真实的话，比如说被告自己开具的或者到税务部

门开具的，原告完全不必补交税款，这些补交的税款对原告而言，就是损失，这个损失是由于被告提供的5张假发票引起的，两者之间有因果关系，因此，这些税款应由被告承担。

审理判决

法院经过审理，认为原告与被告之间的水泥购销合同合法有效，而对于结算方式及结算标准也有明确的约定（船运，被告代办运输，运费20元/吨），被告按照约定开具相关的货物和运输发票。但被告提供给原告的发票是被告的销售部业务员通过支付一定手续费的方式虚开的，并由被告销售部经理交给原告进行运费结算，一方面在整个开具发票的过程中，被告未能提供相应证据证明原告存在过错，另一方面相对于原告来说，被告的销售部业务员、销售部经理的行为足以让原告相信他们是代表被告公司的，由于他们的不当行为所产生的法律后果，应当由被告对外承担责任。因此，在被告不能证明原告有过错的情况下，由于被告的销售人员提供给原告的发票，导致原告补交增值税、企业所得税等相应款项的，应当由被告承担责任，即未能完成合同相应的附随义务，而应该承担相应的违约责任。被告在庭审中提出的抗辩理由，无相应证据以及法律法规予以支持，故对其抗辩理由不予采信。据此，依照《合同法》第60条第1款、第107条之规定，判决被告偿付原告补交的增值税23330.43元、企业所得税102287.27元、相应滞纳金4192.33元，合计129810.3元。

一审判决之后，被告不服判决，向二审法院提起上诉，但被告在法定期间未交纳上诉案件受理费，又未提出减免、缓交诉讼费用的申请，不履行二审诉讼义务，被二审法院裁定按自动撤回上诉处理。

经典评析

在买卖合同中，出卖人除了有交付标的物、承担对标的物的瑕疵担保等主要义务外，出卖人还有交付与标的物有关的单证和资料的义务。本案中，被告交付的水泥的数量与质量，原告都没有提出异议，被告的确履行了买卖合同中出卖人交付标的物的主要义务，但是，被告提供的税务发票是假发票，没有全面履行买卖合同中出卖人的其他义务，造成了原告的损失，被告仍然要承担赔偿损失的责任。

《合同法》第136条规定："出卖人应当按照约定或者交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料。"在国内买卖中，出卖人向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料包括商业发票、商品检验

报告、商品合格证、保修单、使用说明书等。具体到本案中，被告有提供发票的义务。《发票管理办法》第20条规定："销售商品、提供服务以及从事其他经营活动的单位和个人，对外发生经营业务收取款项，收款方应当向付款方开具发票。"第21条规定："所有单位和从事生产、经营活动的个人在购买商品、接受服务以及从事其他经营活动支付款项，应当向收款方取得发票。"《增值税专用发票使用规定》第3条规定："除本规定第四条(下列情形不得开具专用发票：(一)向消费者销售应税项目；(二)销售免税项目；(三)销售报关出口的货物，在境外的销售应税劳务；(四)将货物用于非应税项目；(五)将货物用于集体福利或个人消费；(六)将货物无偿赠送他人；(七)提供非应税劳务(应当征收增值税的除外)、转让无形资产或销售不动产；向小规模纳税人销售应税项目，可以不开具专用发票)所列情形外，一般纳税人销售货物(包括视同销售货物在内)、应税劳务，根据增值税细则规定应当征收增值税的非应税劳务，必须向购买方开具专用发票。"根据上述规定，提供发票是出卖人的义务。在本案中，由于被告提供的这5张增值税发票是假发票，导致原告补交税款等款项。被告违反了合同约定以及法律规定，造成原告损失，因此，被告要承担赔偿损失的责任。

一起土地使用权出让合同纠纷案的启示

——某公司诉某国土局国有土地使用权出让合同纠纷案

姜丛华　朱　宁*

案情简介

原告：××置业有限公司

被告：××县国土资源局、××县人民政府

2005年2月3日，××县国土局以拍卖方式公开出让××县一处国有土地使用权。《拍卖文件》中包括拍卖公告、拍卖须知和土地使用权出让合同（草案）。该地块最终由××置业有限公司（以下称××公司）以4260万元竞得，并签订《拍卖成交确认书》。至纠纷发生前，××公司共支付出让金3200万元。因该地块存在规划设计及征地拆迁等问题未解决而无法交地，双方未签订国有土地使用权出让合同。

2006年8月3日，××县国土局在向××县政府提交的《关于要求尽快协调解决芝里二期拍卖地块土地交付事宜的报告》中称：该地块拍卖至今已经一年半时间，但因该地块目前还存在诸多问题而一直无法交地。该地块目前存在规划设计、征地、高压线搬迁、拆迁、规划指标等主要问题，恳请政府能尽快协调解决。2006年8月27日，××县国土局对××公司复函称：关于交地时间，我局领导已向县政府领导进行了汇报，具体交地时间要待县政府协调后明确；对项目区内的规划渠道事宜，县政府已落实给县建设局，由县建设局负责落实。

2006年10月28日，××公司起诉称：该地块规划设计条件发生重大变更，对该地块的整体开发布局造成严重影响，地块的价值因此大幅下降，其竞买的目的无法实现。而该地块拍卖至今已有一年半的时间，却还未交

* 姜丛华：男，专职律师。
朱　宁：女，专职律师。

地，远远超过了规定的交地时间。因此原告请求法院判令解除其与国土局之间形成的国有土地使用权出让关系，国土局应返还其缴纳的土地出让金3200万元，并赔偿利息损失。由××县人民政府对上述还款及赔偿承担连带责任。

2006年11月28日，××县建设局向××公司发函称：经规划论证，原排水渠走向已作调整，不经过贵司受让的地块。2007年2月5日，××县国土局向××公司发函称：该地块目前已符合交地条件，速来缴清土地使用权出让金余款1060万元，并签订土地使用权出让合同。

争议焦点

法庭归纳的争议焦点有两个：一是原告与第一被告之间的土地使用权出让合同关系能否解除？该争议焦点又包括两个内容：1.拍卖地块是否存在瑕疵？原告的合同目的能否实现？2.第一被告××县国土局是否存在违约行为或预期违约行为？二是第二被告××县人民政府是否是适格被告？

法院判决

双方在浙江省高级人民法院的主持调解下，达成调解协议：

1.土地出让金以成交确认书为准。

2.在调解书签收后一周内，双方签订国有土地使用权出让合同，××县政府和××县国土局在××公司提出申请之日起一周内办妥国有土地使用权证。

3.××县政府和国土局在2007年12月31日前将该地块上建筑物拆除完毕将净地交付××公司；

4.××公司在开工后8个月支付土地出让金余款，并缴纳土地契税、人防费，同时××县政府和××县国土局补偿××公司258万元；

5.出让地块东侧港防绿化带，由××县政府和国土局2008年6月30日前建设完成。

案件分析

本案的关键点有以下几点：

1.本案中原告和第一被告直到起诉时还没有签订正式的《国有土地使用权出让合同》，那么以什么为依据来确认双方权利义务的具体内容，成为我们首先要解决的问题。

我们认为，有以下事实证据可以用来确认诉争双方的权利义务的具体内容：

(1)拍卖文件(包括拍卖公告、拍卖须知和土地使用权出让合同(草案));

(2)拍卖成交确认书。

对拍卖公告、拍卖须知和拍卖成交确认书的效力和约束力双方应该均无异议。但是对于土地使用权出让合同(草案),虽然是一份草案,放在拍卖文件中,双方并没有最终签订,土地使用权出让合同(草案)是否对双方均具有约束力,成为法庭争议的焦点。我们认为,土地使用权出让合同(草案)中已经确定的合同内容对双方都具有约束力,可以以此来确定双方权利义务的内容。理由如下:

(1)土地使用权出让合同(草案)是拍卖文件的有效组成部分。《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》第七条规定:“出让人应当根据招标拍卖挂牌出让地块的情况,编制招标拍卖挂牌出让文件。招标拍卖挂牌出让文件应当包括招标拍卖挂牌出让公告、投标或者竞买须知、宗地图、土地使用条件、标书或者竞买申请书、报价单、成交确认书、国有土地使用权出让合同文本。”

本案中,土地使用权出让合同(草案)明确了土地出让金的付款时间、政府交地的时间及规划设计条件等,这是所有参加竞买的买受人非常关注的问题。也是根据这些既定的条件进行报价和竞价的。如果现在说土地使用权出让合同(草案)不具有约束力了,则不仅使得该次土地拍卖行为缺失了重要的合同条款而导致双方出让关系无法成立,而且将使得受让人的权利受到严重侵害,对受让人来讲是不公平的。

(2)《拍卖文件》是双方土地使用权出让关系的有效组成部分。拍卖文件一经发出,出让方不得变更其内容。而原告作为参加竞买的要约人、第一被告作为承诺人,除了竞买的价格之外,并没有在实质上变更《拍卖文件》中的内容。

(3)在双方签订的《拍卖成交确认书》中也明确写明,遵守《拍卖文件》中的一切规定,自然也包括土地使用权出让合同(草案)中已确定的合同条款。

2.第一被告是否存在违约行为,这些违约行为是否构成根本违约,合同能否得到解除,这也是我们考虑的关键所在。

(1)第一被告是否存在逾期交地的违约行为。

《土地使用权出让合同》(草案)第5条约定,第一被告交付土地的时间是2005年6月30日前。第32条约定,逾期超过6个月的,受让人有权解除合同。但是第一被告称,在土地使用权出让合同(草案)第五条中明确约

定,交地条件为现状交地,而不是完成拆迁后的净地交地,所以第一被告随时可以交地。这成为双方庭审辩论的一个焦点。

我们认为,对于土地使用权出让合同(草案)中约定的交地条件,事实经过是在土地拍卖会上各参加竞买人均提出异议和担心。第一被告的负责人和承办科长是当场承诺拆迁等问题不用担心,政府部门会负责解决的。拍卖成交确认后,第一被告也以自己的实际行为证明双方已经协议变更了交地条件,主要证据有:(1)原告的证据七《国土资源局给原告的复函》,载明"明确的具体交地时间要待县政府协调后明确",目前还无法明确;(2)原告的证据八《国土局给县政府的报告》,载明"……无法交地,主要问题有:一、规划问题;……二、征地问题;……三、高压线搬迁问题;……四、拆迁问题;……五、规划指标问题等。"(3)2007 年 2 月 5 日第一被告国土局致原告的函,函告已经具备交地条件。即使在 2007 年 2 月 5 日已经具备了交地条件,若为现状交地的话,怎么可能在两年以后才具备交地条件?恰恰证明不是现状交地。(4)从第一被告履行义务的实际情况来看,第一被告所述的高压线的搬迁等也均是由第一被告自行负责并承担相应的费用的。这也可以证明双方的真实意思表示不是现状交地。在庭前证据交换及调解过程中,第一被告也始终是认可交地条件为净地,只是因为现在还有一户因拆迁补偿费要求过高,至今未达成拆迁安置补偿协议,未完成拆迁。(5)另外还需要说明的是,在土地出让合同中选择"现状交地"这一条款也不符合国家国土资源部、工商行政管理总局颁布的关于《国有土地使用权出让合同》范本的"使用说明"的要求。"使用说明"第四条明确要求,"合同第五条中的土地条件按照双方实际约定选择和填写。属于原划拨土地使用权补办出让手续的,选择第三款;属于待开发建设的用地,应根据出让人承诺交地时的土地开发程度选择第一款或第二款,……"本案所涉的出让土地明显属于待开发建设用地。综上所述,双方已经协议变更了交地条件,本案所涉的土地应当是净地出让。而第一被告没有完成拆迁,就无法交地,就是存在根本违约的行为。

(2)原告没有缴清土地出让金,是否可以成为第一被告不交付土地的抗辩理由。

第一被告称,土地使用权出让合同(草案)第 32 条规定,在受让人按合同约定支付土地出让金的前提下,出让人必须按合同约定按时提供土地。也就是说,只有在受让人先履行了缴纳出让金义务的前提下,出让人才有义务提供土地。被告不交付土地是基于行使"先履行抗辩权"。

我们认为,首先,《拍卖成交确认书》第1条约定:"余款3700万元必须按照《拍卖文件》规定的期限予以支付。而根据《拍卖须知》和《出让合同(草案)》的规定,原告付款的条件是在《出让合同》订立之日起三十日内缴清。但出让合同至今未签,故而原告的付款条件至今未成就。双方合同关系的成立和书面合同文本的签订是两码事情。原、被告之间的土地使用权出让合同关系在双方签订拍卖成交确认书,甚至在拍卖师落槌的那一刻就已经成立了,但是双方事后完全可以再签订书面的《土地使用权出让合同》文本。而土地使用权出让合同文本至今未签订,原告的付款条件迟迟不能成就的过错完全在于第一被告。试想,原告作为一个开发商,在已经履行了大部分付款义务的情况下,是多次催促被告签订出让合同并交地的。但被告由于土地拆迁等均未完成,一直拖延至原告起诉后。因此被告以此作为抗辩理由不能成立;

其次,即使原告有义务先缴清土地出让金,但是鉴于第一被告根本无法交地、甚至不能明确具体的交地时间,原告作为一个开发商,在第一被告连交地时间都不能明确的前提下,完全有理由中止履行缴款义务,行使不安抗辩权;

最后,第一被告不按时提供土地,也根本不是因为原告没有缴清土地出让金,而是因为不具备交地条件,无法提供土地。即使原告缴清了土地出让金,事实证明,第一被告也无法交付土地。原告行使不安抗辩权是完全有事实依据的。从第一被告2006年8月27日致原告的回函,以及8月3日第一被告致××县人民政府的《关于要求尽快协调解决芝里二期拍卖地块土地交付事宜的报告》中完全可以明确,在竞买完成后的两年多时间里,第一被告一直考虑的是如何使得土地具备交地条件,却从来没有催告过原告要来缴纳剩余的土地出让金,直至原告起诉后的2007年2月5日。由此可以明确,第一被告所谓的先履行抗辩是苍白无力的,是不能成立的。

3. ××县人民政府是否是适格的被告

实践中大部分观点认为,国有土地使用权出让合同纠纷中,合同的相对方是国土资源管理部门,而不是人民政府,因此人民政府不是适格的被告。但是也有观点认为,土地使用权出让的客体是城镇国有土地的使用权,这一界定标示出出让主体的单一性即土地的所有者——国家。《城市房地产管理法》第7条、《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第8条均明确规定,土地使用权出让是指国家以土地所有者的身份将土地使用权在一定年限内让与土地使用者,并由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行

为。《城市房地产管理法》第11条、《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第九条规定，土地使用权的出让，由市、县人民政府负责，有计划、有步骤地进行。可见，在国有土地使用权出让法律关系中，土地出让的真正主体应当始终是代表土地所有者——国家行使国有土地所有权的各级人民政府，土地管理部门只是负责批准后出让方案的具体实施工作。另外，从出让金支付的角度来讲，原告已支付的2700万元出让金是支付到了××县财政局预算外资金专户，由县财政收取，而不是支付给了第一被告××县国土局。根据《土地管理法》第55条的规定，土地出让金除一部分上缴中央财政外，大部分也是留给了地方人民政府，即第二被告。如果第一被告国土局败诉，是没有能力履行相应的返还出让金等合同责任的。因此，人民政府应当是适格的被告。

本案中，考虑到国土局的所有意志均来源于政府的决策，且案件所涉的排水渠问题、规划指标问题、高压线搬迁问题等涉及政府的各个部门，不单单是国土资源局一个部门的事情，因此不论是从法理上考虑，还是基于诉讼策略上的考虑，我们最终将人民政府列为第二被告。事实证明，将人民政府列为被告，对案件的最终调解起到了非常关键的作用。

原告是一个开发企业，是到××县投资的。我们对该案慎之又慎，在诉讼中占据了主动地位，最终取得了双方和解的圆满结果。

不当得利之认定

——不当得利之机动车辆买卖案证析

舒　军*

案情简介

原告:赵先生

被告:陈女士

赵先生与陈女士原系夫妻关系,双方于2004年8月离婚。后因双方之间关系有所改善,于是于2005年4月20日共同出资向甲汽车销售有限公司(以下简称甲公司)购买了一辆马自达轿车,经协商,车价为228000元。因当日甲公司没有该品牌轿车,于是甲公司联络了乙汽车销售服务有限公司(以下简称乙公司)业务员王某。次日,乙公司通过丙汽车贸易有限公司(以下简称丙公司)将一辆发动机号为HR2087658420、车架号为LHBK16T356R005621的马自达轿车送到甲公司,并附带一张销货单位为乙公司、日期为2005年4月20日、金额为228000元、购货人为被告陈女士、发动机号为HR2087658420、车架号为LHBK16T356R005621的《机动车销售统一发票》。同年4月21日,原、被告同赴甲公司付款提车,因购买该车加上上牌费、保险费、车辆附加税等共需250000余元,原告赵先生即与甲公司的法定代表人张某一起到中国银行某支行,从原告账号为22206874568875396的账户内以交易序号0032号将存款200000元取出,交给甲公司的法定代表人张某,并以交易序号0033号存入账号为222068569823592的账户内。余款原、被告以现金方式支付给甲公司。后该车辆所有权登记在被告陈女士名下,车辆则一直由原告赵先生在使用。2006年3月10,因原被告双方发生纠纷,被告通过其所在地的派出所将该

* 舒　军:男,专业从事房地产、公司等民商法律事务,专职律师。

车从原告处拉回，庭审中被告陈述该车已于2006年4月3日转让给吴某某所有，转让价格为200000元。

原告曾于2006年4月23日向被告所在地的基层法院提起民事诉讼，请求确认上述车辆的所有权属原告，并要求赔偿经济损失250000元，后该基层法院以上述车辆登记在被告名下而确认该车辆的所有权属于被告，驳回了原告的诉讼请求。2007年3月20日，原告以不当得利为案由向被告陈女士所在地的基层法院再次提起民事诉讼，请求被告返还不当得利款250000元。在该案举证期限即将届满之时，原告找到笔者，希望笔者能够代理此案。笔者认真查阅了案卷材料，发现原告所提供的证据不足以让法院支持其诉讼请求，且有不少证据需要搜集提取。但因举证期限即将届满，搜集证据的工作又不可能在短时间内完成，于是向原告提出了先撤回该案的诉讼，待证据搜集齐全之后再提起诉讼的建议，原告采纳了笔者的建议。

2007年4月18日，原告再次向被告所在地的基层法院提起民事诉讼，案由仍然是不当得利纠纷，请求法院判令被告不当得利款250000元，并承担本案诉讼费用。被告陈女士辩称：法院已有生效判决确认上述车辆所有权属于被告，那么被告就有权对自己的财产进行处分，不存在不当得利。原告没有证据证明被告存在不当得利。被告与原告离婚后，因原告要求与被告和好，但和好的前提是要去赚钱，于是让被告给原告买辆车，原告按每天300元的租金支付给被告。从2005年2月份开始，被告就将购车所需资金陆续从银行取出，将该笔资金存放在家中的保险箱里。去买车的时候，被告是将现金带去支付的，车是从乙公司买过来的。由于被告平时工作比较忙，所以车辆上保险与牌照都是委托原告去办的，但购车款是被告支付的，请求法庭依法驳回原告的诉讼请求。

本案争议的焦点在于：

1.本案涉及的车辆购车款是谁支付的，又是以怎样的形式支付的？

2.在涉案车辆所有权已被法院生效判决确认属于被告的情况下，被告是否存在不当得利？

审理判决

受理本案的法院经公开开庭审理后认为，《中华人民共和国民法通则》第92条规定：没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。虽然本院已经判决涉案车辆登记在被告名下而确认该车辆的所有权属于被告，但购买该车时，其中200000元由原告赵

先生出资的事实清楚，证据充分。现被告陈女士已将该车转让给他人，所得车款 200000 元属于不当，应当返还给原告赵先生。原告赵先生主张的其余部分购车款也由其出资，被告应予返还的诉讼请求，证据不足，本院不予支持。被告提出的购车款 228000 元是在 2005 年 4 月 20 日系其以现金方式直接支付给甲公司，所有购车款均由被告出资的主张，因无足够的证据证明，本院不予采信。据此，依照《中华人民共和国民法通则》第九十二条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决如下：

1.被告陈女士应于判决生效之日起十日内返还原告赵先生 200000 元。

2.驳回原告赵先生的其他诉讼请求。

经典评析

本案是一起因购买机动车而引起的不当得利纠纷案件，因买车过程经历了三家汽车销售公司，付款方式既有通过银行转存又有现金支付，加之原告在前两次诉讼中不是诉请不当就是证据明显欠缺，从而使得本案变得错综复杂，审理程序也由简易程序转化为普通程序。笔者在接手本案后，经过细致分析，为原告的思路作了以下梳理：

1.首先原告必须要有充分的证据证明自己出资购车的事实。

笔者通过询问原告并查阅了案件相关材料得知，原告在前两次诉讼当中相关证据并未形成一条完整的证据链，不足以让法院采信其的主张，因此败诉也就在所难免了。笔者注意到，虽然涉案车辆最终是由乙公司售出的，但原告自始至终只与甲公司打交道，于是决定从甲公司开始搜索相关证据。据了解，原告是在同一中国银行以转存的方式向甲公司的法定代表人支付了 200000 元的购车款，且在转存过程中未有第三人在同一窗口同一银行操作员手中办理过业务。由于银行的资料原告与律师均无法取得，于是笔者申请法院对此进行调查。通过法院调查后得知，2005 年 4 月 21 日，原告在这家中国银行某支行取出 200000 元后(未实际取出现金)，马上由同一银行操作员将这 200000 元转存至甲公司的法定代表人张某的账号中，银行交易序号分别为 0032 和 0033。此外，笔者向原告建议，要求甲公司以书面的形式向原告说明这笔钱款的来龙去脉。经耐心地做工作，甲公司终于以书面的形式向原告说明了 250000 元在其公司的来龙去脉。即在 2005 年 4 月 21 日，甲公司法定代表人收到原告支付的 250000 元后的同日，便将其中的 200000 元购车款以现金支票的方式交付给了当时负责乙公司在被告所在地汽车销售的业务员王某，余款作为为涉案车辆办理相关税费与上牌费用

等。笔者注意到,原告向甲公司的法定代表人支付228000元购车款的时间是2005年4月21日,甲公司以现金支票方式将228000元交付给乙公司业务员王某的时间也是2005年4月21日,但乙公司为涉案车辆开具的《机动车销售统一发票》上的时间是2005年4月20日,这显然不符合常规,也难以让法官信服。针对这一时间上的差异,笔者曾多次询问原告,原告也不知其中的原委,由此便衍生出以下第二点原告应当予以证明的问题。

2.购车过程经历了甲、乙、丙三家汽车销售公司,原告应有证据能够证明最终的售车单位乙公司收到的车款即为原告出资的。

经过对乙公司的调查走访得知,乙公司收到涉案车辆购车款228000元的时间确实是在2005年4月20日,并非是2005年4月21日,且该笔款是丙公司以转账支付的方式支付给乙公司的,并非是甲公司开具的时间2005年4月21日的现金支票。经过一番努力,原告终于找到了当时代表乙公司接收甲公司支票、现已离开乙公司的王某。通过询问王某才得知,2005年4月20日原被告共同到甲公司表示要购买一辆马自达轿车后,由于甲公司没有该品牌的轿车,于是当日将这一信息提供给了当时负责被告所在地汽车销售的乙公司业务员王某,王某出于业务上与丙公司合作需要的考虑,并未将这一信息直接向乙公司提供,而是将这一信息提供给了丙公司,由丙公司将这一信息提供给了乙公司,并向乙公司以转账支票的方式先垫付了购车款228000元,时间是2005年4月20日。第二天即2005年4月21日,王某将从甲公司取得的228000元现金发票交付给了丙公司。通过对丙公司的调查得知,2005年4月21日丙公司收到乙公司发出的涉案车辆后,又通过乙公司的业务员王某将涉案车辆送到了甲公司,再由甲公司转交给了被告。

由此可见,原、被告在本案中与甲、乙、丙公司的法律关系应当作如下细分:

(1)原被告与甲公司实际上是委托代理关系。原被告虽然是向甲公司买车,但因甲公司没有原被告所需要的品牌车,于是将原被告的购车信息提供给了乙公司的业务员王某,且以自己的名义将原告支付的购车款转付给了王某。涉案车辆虽然是通过丙公司转交给甲公司的,但从乙公司开具的《机动车销售统一发票》上购货人为被告陈女士可以得知,最终乙公司的销售对象是被告。另外,甲公司也书面承认其是代原告缴纳涉案车辆的相关税费与上牌等。因此,原被告与甲公司之间在法律上属于委托代理关系应当是十分明确的。

(2)甲公司与丙公司之间是转委托关系,原被告与丙公司仍然是委托关系。本案事实中一个关键性的人物是当时的乙公司业务员王某,其在涉案车辆的销售过程中虽然是以乙公司业务员的身份出现的,但又非仅仅如此,其还充当了居间介绍的作用,即王某从甲公司得知原被告决定购买一辆马自达轿车的信息后,于当日将这一信息提供给了丙公司,由丙公司代原被告向乙公司购车。在对丙公司的调查走访中,丙公司向原告出具了一份《商品车出库单》,其上显示收车人为甲公司。原被告虽然事先未同意甲公司转委托,且甲公司也无意将原被告的委托转委托给丙公司,但根据《合同法》第四百之规定,这并不影响委托与转委托法律关系的存在,且甲公司已接受了丙公司转交的涉案车辆,原被告也接受了乙公司售出的、通过甲公司转交的涉案车辆,因此,甲公司与丙公司之间是转委托关系,原被告与丙公司是委托关系已实际存在,且在事实上已得到各方的认可。

(3)被告与乙公司之间属于买卖合同关系。被告与乙公司之间的买卖合同关系从乙公司开具的《机动车销售统一发票》便可以很容易得到证明。由于原告一直认为其实际上是向甲公司购车的,在购车过程中与乙公司从未发生过任何直接接触,以此错误地认为其与甲公司之间属于买卖关系,从而使得其在前两次诉讼中陷入难以自圆其说的泥潭。这里笔者为什么只说被告与乙公司之间是买卖合同关系,而不是原被告与乙公司之间是买卖合同关系呢?一是原被告之间未复婚,夫妻财产共同体尚未形成;二是乙方关于涉案车辆的《机动车销售统一发票》上购货人为被告陈女士;三是涉案车辆的机动车登记证书上所有人为被告陈女士,且已有生效判决确认涉案车辆所有权属于被告陈女士。因此,原被告在委托甲公司购买车辆时也许是双方意思的共同表示,但乙公司的实际销售对象是被告陈女士,且已得到法律的认可。

3.在上述两项事实已有充分证据得到证明的情况下,那么被告的行为是否属于不当得利呢?

所谓不当得利是指没有合法根据或事后丧失合法根据而取得利益,使他人遭受损失的事实。不当得利的构成要件有三:取得利益、致他人损失、没有合法根据。取得不当利益的一方应当将不当利益返还给受损失的人,《民法通则》第92条对此规定的十分明确。主张不当得利要求返还利益的受损失方的关键是如何证明对方没有合法根据取得自己的利益致使自己受到损失,即一方受到损失是因为另一方获得了利益,两者之间存在因果关系,且取得利益的一方没有法律认可的依据。就本案来说,上述一、二项如

能得到证明,也就是能证明涉案车辆的购车款实际上是由原告出资的,在车辆已被法律认可属于被告的情况下,如被告没有证据能够证明其车款取得的合法来源,就应当认定其取得车款没有法律认可的依据。因此,本案原告的大量工作在于如何证明涉案车辆的购车款是由其出资的,即在出资购车中车辆所有权却又不属于出资人的情况下,出资人即原告因此而遭受了损失,取得车辆所有权的被告因此获得了不当利益。

笔者作为此案原告的代理人,为证明购车款 228000 元是由原告出资的,被告取得购车款 228000 元属于不当得利,向法院提交了八组证据:证据一、说明三份(分别来源于甲公司、乙公司、丙公司)以及票据存根二份,用以证明上述车辆的车款来源于原告的事实。证据二、乙公司出具的解除劳动合同证明和说明各一份,用以证明王某某当时为乙公司负责被告所在地汽车销售的业务员。证据三、变更登记情况一份,用以证明乙公司名称变更情况。证据四、丙公司商品车出库单一份,用以证明乙公司通过丙公司将车送到甲公司的事实。证据五、交车检验单一份,用以证明原告通过甲公司购得诉状中提及的轿车的事实。证据六、信贷费用清单复印件(来源于甲公司),用以证明甲公司将多余的 220 元退还给原告,证明购车款实际来源于原告的事实。证据七、机动车销售统一发票复印件一份,用以证明该车辆是以被告陈女士名义购买,但实际的车款来源于原告的事实。证据八、为证明购车款来源于原告的事实,原告向法院申请调取中国银行某支行 2005 年 4 月 21 日原告在账号为 22206874568875396 的账户内取出 200000 元的时间及银行操作员的工号,以及甲公司法定代表人张某把 200000 元存入账号为 222068569823592 账户内的时间及银行操作员的工号。

由于原告手中没有任何直接证据可以证明涉案车辆的购车款是由其支付的,因此,要想证明购车款是由原告出资的,必须使各间接证据形成一条完整的证据链方能得到法庭的采信。在上述列出的证据中,甲、乙、丙公司出具的书面说明均为事后对购车付款环节的回顾。为了避免这些书面说明被认定为是证人证言,且又难以争取到证人出庭作证,笔者建议原告在要求甲、乙、丙公司出具的书面说明时必须是针对原告的,即是原告要求这三家公司向原告书面说明涉案车辆的出资情况,并告知这三家公司,如不能书面说明涉案车辆的出资情况,原告只能以甲公司或乙公司或丙公司为被告像法院提起不当得利的诉讼。在开庭时,被告的代理律师果真向法庭提出了这三家公司出具的说明为证人证言,在没有证人出庭作证的情况下,不能作为认定案件的证据。对此笔者作为向法庭解释,所谓证人证言是指知道案

件真实情况的人，向司法机关所作的有关案件部分或全部事实的陈述。但甲、乙、丙这三家公司出具书面说明的对象并非是法院，而是原告本人，即是原告在向这三家公司追查其支付的钱款的下落时，这三家公司以书面形式向原告所作的说明，原告据此向法院提交，以证明涉案车款的来龙去脉，应当属于书证。法庭最终采纳了笔者对此所作的解释。

那么为什么原告要求被告返还的不当得利是 250000 元，但最终法院判决支持的只有 200000 元呢？笔者认为法院的判决是正确的。前已述，要求返还不当得利的关键是在于：请求返还不当得利的一方必须要有充分的证据证明对方没有合法根据取得自己的利益而使自己受到损失，即一方受到的损失是因为另一方获得了利益，两者之间存在因果关系，且取得利益的一方没有法律认可的依据。本案中，原告虽然诉称 250000 均由其支付的，但只有其中的 200000 元购车款是通过银行转存的方式支付的，并且得到甲、乙、丙三家公司的认可。法院经审查后认为，原告提供的证据已形成较完整的证据链，能够相互印证证明这 200000 元购车款来源于原告的事实。其余的 50000 元原告称是由其以现金方式支付的，因证据不足未得到法院支持。这与被告虽持有《机动车销售统一发票》，声称所有购车款均由其以现金方式支付一样，都因无足够的证据证明而未得到法院采信。

以调解方式结案维护社会稳定

——温州某饭店诉温州某村委会等经营合同纠纷及多方系列经济纠纷案

刘为平*

案情简介

1994年8月18日，温州某贸易公司（以下简称“贸易公司”）出资，由温州某饭店（以下简称“饭店”）出面，与温州某村委会（以下简称“村委会”）签订《合股经营协议书》，双方约定合股经营某商厦（以下简称“商厦”），商厦隶属于村办企业某集团。商厦由村委会负责提供土地及原有的地面建筑物（包括室内游泳池及其他零星附属建筑），由饭店负责所有地面建筑物的土建和项目装修，以及整个建设过程中应缴纳的一切税费，其中饭店占80%股份，村委会占20%股份。商厦主楼的经营权交给饭店负责，不论经营盈亏，饭店每年保证村委会150万元的收入；商厦附属房屋由村委会低价租用。同时，贸易公司与饭店签订协议，约定《合股经营协议书》的权利义务实际承担者为贸易公司。

1997年，商厦主楼建成，共10楼，产权登记在村委会名下，饭店与村委会按照《合股经营协议书》的约定进行经营。

饭店与村委会合股经营期间，饭店将商厦出租给温州某大酒店有限公司（以下简称“大酒店”）。2002年，商厦所属的某集团以自身的名义向银行贷款3400万元，由村委会以商厦的部分楼层作抵押。同年，温州某住房开发建设公司（以下简称“房开公司”）向银行贷款3400万元，由村委会以商厦的部分楼层作抵押。贷款期限届满后，某集团和房开公司均没有按时还款，银行将某集团、村委会、房开公司分别诉至法院，要求返还借款。经调解，由大酒店代偿银行借款本金及利息，借款人限期偿还代偿款。而抵押物因借

---

* 刘为平：男，北京大学法学院研究生毕业，擅长民事、经济、行政、刑事各类诉讼业务，专职律师。

款人没有按时偿还大酒店代偿款而按照协议折抵给大酒店，并办理产权过户。

商厦经营期间，村委会换届，换届后的村委会认为贷款的实际使用人并非某集团和村委会，而是房开公司等三家非某集团或某集团下属单位。同时，村委会认为前任村委会与饭店签订《合股经营协议书》、用商厦抵押贷款未经村民大会表决通过，违反法律规定，损害村集体利益，提起一系列的诉讼：就商厦的合股经营问题对饭店提起确认之诉，要求法院确认《合股经营协议书》无效；就借款合同纠纷一案对房开公司提起申诉；就变更房屋所有权之事对房屋登记部门提起撤销变更登记之诉。而饭店和贸易公司同时又对村委会提起继续履行《合股经营协议书》之诉（在《合同经营协议书》被最高人民法院确认无效之后，变更为返还建设商厦出资的诉讼）；贸易公司与村委会因承包经营合同纠纷，上诉至浙江省高级人民法院。

因饭店、贸易公司、房开公司、大酒店之间存在关联关系，饭店、贸易公司与村委会在十多年的合作期间存在众多款项往来，各方之间债权债务关系难以厘清，各方的经济纠纷也从 2003 年持续至 2007 年 7 月 31 日浙江省高级人民法院结案之时。

刘为平接受委托，作为饭店、贸易公司、房开公司的代理人，参加了饭店与村委会承包合同纠纷案件、贸易公司与村委会《合股经营协议书》的返还投资资金纠纷案件、房开公司借款合同再审案件的审理。

争议焦点

第一，饭店（贸易公司）一方与村委会一方合股经营商厦期间谁对谁存在负债。

第二，双方合建的商厦如何处理，才能最好地维护各方当事人的利益。

审理调解：

在审理中，因案件涉及经济关系纷繁复杂，浙江省高级人民法院和饭店、村委会、贸易公司三方的代理律师通过分析均主张调解。同时，浙江省高级人民法院也给予当事人足够的调解时间。

经过各方代理律师协商，庭外调解分两步进行：第一步，对账；第二步，根据对账结果，协商处理方式。

对账工作由双方代理律师组织进行，饭店、村委会、贸易公司三方当事人和房开公司找出所有合作期间经济往来的账目进行相互核对。各方经过历时半年共三次赴杭州交换账目资料、整理债权债务，均确认村委会对饭

店、贸易公司、房开公司存在收付差额，实际上村委会对饭店、贸易公司、房开公司存在负债。

三方当事人和房开公司、双方代理律师根据对账结果，就村委会如何偿还债务进行了协商。经过数次谈判，三方当事人、房开公司、商厦承租人大酒店就村委会对饭店、贸易公司、房开公司的偿债方式达成一致意见：共同委托中介机构对商厦价值（含大酒店对商厦的二次装修的价值）进行评估，以评估价为底价拍卖商厦，拍卖所得款项中的大酒店的二次装修价款归大酒店，拍卖所得款项扣除装修款后的1/3归贸易公司、2/3归村委会，各自根据比例承担相关土地出让金、税费、拍卖费等。各方代理律师经过十多次研究和修改，形成了书面的《框架协议》。《框架协议》就对账结果、偿债方式、商厦的处理方式以及如何实现作了详细的规划和约定。

在制定《框架协议》后，各方当事人将调解结果提交浙江省高级人民法院。

调解结果：

在原告温州某饭店、被告温州某村委会及第三人温州某贸易公司三方的要求下，浙江省高级人民法院组织调解。三方当事人根据被告、第三人、温州某大酒店有限公司、温州某住房建设开发公司已签订的《框架协议》，自愿达成如下协议：1.被告与房开公司及第三人前期的账目核对，证实被告与房开公司及第三人存在收付差额（被告对房开公司及第三人有负债）。同时又存在被告为商厦工程垫付部分款项的事实。二者相抵后，被告仍对房开公司及第三人有负债。鉴于上述情况及历史原因，各方确认商厦（面积30888.5平方米）经拍（变）卖所得的净收益2/3归被告，余1/3补给第三人。原告、第三人同意由被告在调解书生效之日起十五日内启动商厦（包括大酒店开办酒店进行的二次装修）拍卖程序。拍卖底价为各方已委托的商厦与大酒店装修评估价之和[根据杭君安评报字(2007)第031号资产评估报告，商厦房地产评估价人民币26267.58万元，装修评估价人民币5166.33万元]。(1)如拍卖成功，拍卖所得款项中，装修按评估价支付给大酒店（大酒店须按比例承担拍卖相关税费）；拍卖总价扣除装修评估价为房产拍卖价款，被告、第三方双方各分得2/3和1/3，如房产拍卖涉及补交土地出让金、相关税费以及支付卖方税费、拍卖费用等，该款由被告支付给相关部门和单位，但第三人须承担土地出让金及所有税费总额的三分之一。第三人应得款项，被告从买家处收到款项及缴纳各项税费后，扣除第三人和大酒

店应承担的税费等,在十个工作日内支付给第三人和大酒店。如第一次拍卖不成,各方同意在七天内将商厦底价下浮10%(装修价同比例下浮),再次委托拍卖。如拍卖成功,所得款项按前款约定处理。(2)如果商厦经两次拍卖不成(经过两次拍卖均流拍视为拍卖不成),则两次拍卖的房产拍卖费用(装修拍卖费用由大酒店承担)先由被告和第三人按2/3和1/3的比例负担,然后由被告和第三人对商厦[不含大酒店的二次装修,装修价款按第二次拍卖底价(即评估价下浮10%计算)由竞买成功一方支付给大酒店]进行无底价竞卖,价高者得。双方以商厦土地为出让性质为假定前提出价,土地出让金和办理土地出让手续有关税费由竞买成功方先行垫付,垫付后被告、第三人双方按2:1比例分担。如被告竞卖成功,将竞卖收益(指竞卖价格扣除全部土地出让金和土地出让手续有关税费后的纯收益)1/3付给第三人;如第三人竞买成功,将竞卖收益2/3支付给被告,房产和土地办理过户手续过程中所产生卖方税费,被告承担2/3,第三人承担1/3,买方税费由第三人承担。被告、第三人承诺商厦委托拍卖和双方竞卖在2007年底前进行完毕。竞卖情况下的具体细节和款项支付方法届时另行协商。上述内容履行完毕,被告对第三人以及房开公司的收付差视为结清,即被告对第三人以及房开公司不再有任何负债。2.如第三人竞卖成功,被告可以考虑将商厦旁边的游泳池和配套辅助用房同等条件下优先出卖给第三人,具体交易条件另行协商。3.本协议各方签字后生效,各方就商厦不再互相主张权利。4.《框架协议》作为本调解协议附件,对相关各方当事人具有约束力。5.案件受理费由原告和第三人承担。

经典评析

这一系列的案件均是普通的民事纠纷案件,但因各方经济往来众多、合作时间长达数十年,涉及五方当事人、两届村委会而变得复杂,更因一方涉及6000多名村民的切身利益而变得敏感。长达五年的各类经济纠纷耗费了各方当事人大量的人力、物力、财力,使各方当事人遭受重大经济损失,并且使饭店(贸易公司)等企业与当地村民关系紧张。

一方是企业投资投资者利益,一方是6000多名村民的权益,案件审理的结果直接关系各方当事人的权益,关系社会的和谐稳定。浙江省高级人民法院和各方代理律师接案后,分析了各方面的因素,均力主以协商调解的方式解决。

村委会与其他各方当事人的所有纠纷均因饭店(贸易公司)一方与村委

会合建的商厦而起。代理律师找到纠纷的根源，抓住主要矛盾，从组织各方当事人交换和核对所有经济往来的账目入手，理清债务债务，为纠纷的最终协调解决提供了依据。各方当事人经过对账，达成解决纠纷的《框架协议》。在执行的过程中，由于各方根据《框架协议》组织的两次公开拍卖均流拍，商厦最终由村委会和贸易公司、房开公司共同指定的买受人大酒店买下，达成了调解方案，实现了维护贸易公司等投资者利益的目的，维护了6000多名村民的利益，同时也以最优的方式实现了商厦的用途，维护了承租人大酒店的利益。

由《联营合同》所引发的纠纷

——A真维斯服饰有限公司诉华侨魏某某房屋租赁合同纠纷一案评述

刘 涛 杨思思*

案情简介

2001年7月,在B市C经贸局的牵线下,华侨魏某某将其所有的某商铺与A真维斯服饰有限公司B分公司(以下简称"B分公司")进行联营,对外以魏某某的名义领取个体工商户营业执照,设立"B市C真维斯D真维斯"(以下简称"D真维斯"),期限为五年,即从2001年7月16日开始至2006年7月15日止。双方约定:魏某某提供房屋、开设银行账户、办理税务登记和营业执照、对外承担民事责任。A真维斯服饰有限公司B分公司负责日常经营管理,并负责承包经营,每月向魏某某支付一定金额的固定利润。双方还约定B分公司可将二层、三层房屋转交第三方使用。联营合同签订后,双方便开始履行合同约定的各自义务。

2002年6月25日,"B真维斯服饰有限公司"(以下简称"B真维斯")登记成立,同年12月,B分公司被依法注销。注销后一切债权债务均由A真维斯服饰有限公司(以下简称"A真维斯")承受,而D真维斯则交由B真维斯进行管理经营。

2004年7月,魏某某回国得悉上述真相后,即向A真维斯和B真维斯提出抗议,并在2004年7月拒收了B真维斯汇交的45万元"联营款",要求B真维斯立即停止侵权,并且委托其代理人提出了协商方案。嗣后,魏某某和委托律师多次与A真维斯、香港真维斯和B真维斯协商无果。

面对上述情况,魏某某为了维护自身权益,于2004年8月向工商行政管理部门办理了D真维斯的注销手续。在多次要求腾退清场和签订房屋租赁

---

* 刘 涛:男,专业从事建筑房地产业务、公司、项目法律顾问事务、民商事务,专职律师。
杨思思:女,浙江大学光华法学院法学专业。

合同无果的情况下，出于无奈，魏某某于2004年8月14日上午，提请公证部门对店内的物品进行了清场腾空，采取证据保全措施，并进行异地封存。

鉴于上述情况，A真维斯于2004年10月18日向B市C人民法院提起诉讼，诉称B真维斯已将其在D真维斯内全部财产的所有权及相关财产权利一并赠与A真维斯，魏某某的行为违反原与其分公司签订的《联营合同》，要求返还D真维斯店内的物品；赔偿因提前终止合同的违约行为给其造成的租金损失101万元、经济损失17万余元。针对此案，魏某某则以“共同侵权”为由提起反诉，要求A真维斯赔偿魏某某各种调查费、查档费、垫付个体管理费、公证费、搬运费、仓储费、保安费等费用7万余元、租金损失308527.7元。

C法院就此案分别进行了两次开庭审理，并于2006年12月25日作出一审判决。魏某某不服该判决，遂依法向B市中级人民法院提起上诉，要求撤销一审判决，驳回A真维斯的诉讼请求，支持魏某某的反诉请求。

争议焦点

在一审和二审的庭审过程中，有两个争议焦点是贯穿始终的。

焦点一：双方当事人所签订合同的性质。

关于B公司与魏某某签订的合同究竟应定性为联营合同还是租赁合同，双方各执己见。A真维斯认为，根据双方所签订联营合同的条款中双方主要权利义务的约定分析，魏某某一方只将店铺和招牌位置及附属的水电等设施投入后，什么都不管了，每月就分取一定金额的固定利润而不承担联营的亏损责任，涉嫌保底条款，因此该合同更符合租赁合同的法律性质。而魏某某则认为，合同的名称本身就定“联营合同”，即双方当事人合意的产生就是为了经济利益而联合经营，主体资格合法，双方权利义务约定明确，而且内容与《合同法》及《民法通则》中租赁合同的内容几乎无一吻合，应当定性为联营合同；同时，联营体则是以魏某某个人的名义领取个体工商户营业执照的，他对外则需要承担无限连带责任，他将其上千万的资产全部捆绑在联营体上，实质上也是要共负盈亏、共担风险的，不能因为联营合同中有保底条款就认定不是联营合同，且该约定并没有违反双方的真实意思表示。

一审和二审法院经过审理后，都采纳了租赁合同的观点。如二审法院在判决中写道，依据双方所签订联营合同的内容，魏某某将讼争店铺的使用权作为联营投入后，联营体的经营由A真维斯全权负责，联营体享有独立自主经营权，魏某某并未实际参与联营体即D真维斯的经营活动，以魏某

PDG

某的名义办理D真维斯的营业执照及税务登记证亦仅是为了协助A真维斯所需。故,魏某某在不参与经营的情况下,每年根据合同约定收取固定利润的行为性质,应当认定为将讼争店铺的出租行为,双方所签订的合同虽然名为联营,实质应为房屋租赁合同。

焦点二:本案纠纷发生时,讼争店铺一层的实际使用人究竟是A真维斯还是B真维斯。

在争议焦点一得到解决后,问题即转向A真维斯有无权利将讼争店铺转交给第三方使用。然而最初签订的联营合同中双方早就明确约定,A真维斯仅有权将店铺的二、三层转交第三方使用,即店铺的一层不在合同约定可以转交第三方使用的范围内。因此问题的矛头最终指向的是,A真维斯究竟有没有将店铺的一层转给B真维斯使用。

针对此问题,双方当事人提交了大量证据,但在对证据的理解上存在相反的观点。例如就B真维斯的工商注册法定地址在讼争店铺内这一事实,魏某某认为这恰恰证明了A真维斯已经将店铺一层也一并转交给B真维斯使用;而A真维斯则认为注册在该店铺内并不违反合同和法律的规定,商铺的所有权、使用权、经营权是可以分离的,其仅仅是将商铺的经营权交给了B真维斯,而店内财产所有权依然属于A真维斯。又如A真维斯和B真维斯于2004年10月10日所签订的财产赠与合同,魏某某认为这一合同再一次证明了该店内的物品系B真维斯所有,即该店铺实际为B真维斯使用;而A真维斯在二审中则辩称其从未放弃案中所涉物品的所有权,赠与合同所指向的财产仅为店铺内装修财产,并不包括魏某某所保全的物品。

一审法院并未就此问题展开分析和判断,而二审法院却给出了合理的解释:B真维斯的工商注册地正在讼争店铺内,而A真维斯所提供的联营利润款提存公证书上所载明的提存人亦系B真维斯;关于赠与合同,A真维斯提供的证据无法直接证明其针对范围仅为店内装修资产,同时该观点也进一步证明了讼争房屋一层的实际使用人为B真维斯。

法院判决

一审法院经审理认为,双方当事人最初签订的联营合同实质为房屋租赁合同,A真维斯根据合同约定,将部分魏某某房屋的使用权交给B真维斯使用并不损害魏某某利益,其委托B真维斯管理D真维斯的行为也不违反合同约定和魏某某的利益。B分公司作为A真维斯的分支机构,被注销后一切法律行为及后果仍由A真维斯承担,因此A真维斯以继续履行联营合

同的方式追认B分公司对外与B真维斯签订合同的行为,是符合法律规定和合同约定的。因此,魏某某以联营合同一方当事人已不存在为由强行单方终止合同,并且未经仲裁、诉讼而单方采取证据保全形式强行收回其房屋使用权的行为,侵害了A真维斯的正当权益。一审法院判决如下:一、魏某某应于判决生效之日起十日内将从D真维斯专卖店中搬走的所有物品交还A真维斯。二、魏某某赔偿A真维斯店铺租金损失1002500元、服装贬值损失187235元、装修损失173294元、提存公证费1500元,支付垫付的电费7537.17元、电话费506元,合计1372572元。三、A真维斯服饰有限公司应支付魏某某工商管理费3990元。四、驳回A真维斯的其他诉讼请求。五、驳回魏某某的其他反诉请求。

一审宣判后,魏某某不服,遂提出上诉。二审法院经审理认为,A真维斯在未征得魏某某同意的情况下,擅自将讼争店铺一层转交给B真维斯使用,违反了双方所签订合同的约定,因此,魏某某之后所采取的保全行为,应认定为其对A真维斯违约行为所进行的自力救济行为。故,A真维斯要求魏某某赔偿的店铺租金损失、服装贬值损失、装修损失、提存公证费等诉讼请求均依据不足,但魏某某所提出的清场搬迁费和仓储费,系魏某某对A真维斯的违约行为所采取自力救济而产生的费用,其本可通过诉讼途径解决,因此仅酌情认定该两项费用合计15000元。另外,根据A真维斯和B真维所签订的赠与合同,魏某某所保全的物品的所有人已经变更为A真维斯,因此A真维斯提出的要求魏某某交还物品的诉讼请求应予以支持。二审法院最终判决如下:一、维持一审法院判决之第三项即A真维斯服饰有限公司应支付魏某某工商管理费3990元;二、撤销一审法院判决之第一、二、四、五项;三、魏某某于本判决生效之日起十日内将从D真维斯专卖店中搬走的所有物品交还A真维斯服饰有限公司。双方并办理物品交接手续。若A真维斯有限公司在魏某某通知其接收物品后未领取的,由此产生的仓储费等费用由A真维斯服饰有限公司负担。若魏某某不配合办理物品交接,则由此产生的仓储费等费用由魏某某自行承担;四、驳回A真维斯服饰有限公司的其他诉讼请求;五、A真维斯服饰有限公司支付魏某某清场搬迁费和仓储费合计15000元;六、驳回魏某某的其他反诉请求。

经典评析

回顾本案,一条泾渭分明的界线在于,究竟是B真维斯和A真维斯共同侵权而促使魏某某维权,还是魏某某违约提前收回房屋。由这条主线又

PDG

引出两条分支，即上述两个争议焦点。本案从一审本诉，一审反诉，再到二审，双方当事人在多个问题上产生分歧，大到案件性质，小到损失具体金额。但实际上，万变不离其宗，把握任何一个案件，都无外乎从两个问题出发，即事实问题和法律问题。事实问题由证据来明确，本文在此不赘述。而如何对已查明的事实进行法律上的定性和关联性上的理解，当属法律问题。法律问题又以对法律关系的判断为核心。就此案来看，究竟是联营还是租赁，是魏某某违约还是真维斯侵权，关键问题都在于对所涉法律关系的理解。综合案情和审判过程，笔者作为一审本诉被告、一审反诉原告及二审上诉人的代理人，完全站在客观的角度对本案作出如下几个问题的评析：

（一）将房屋的使用权作为联营投入的法律性质

"联营"一说法源自我国《民法通则》第三章第四节，是企业之间或企业和事业单位之间的联合经营，它曾经是横向经济联合的一种主要形式。在联营中，联营各方地位平等，共同进行联合生产、经营。这一形式出现在经济体制改革初期，到20世纪80年代后期以后，随着股份制改革和现代企业制度的建立，联营的发展已处于低谷。因此在后来的《合同法》等民事法律法规中，已基本没有关于联营及联营合同的规定。根据最初的目的和形式来看，联营合同中当事人的利益关系必须体现"四共"，即共同投资、共同经营、共负盈亏、共担风险。

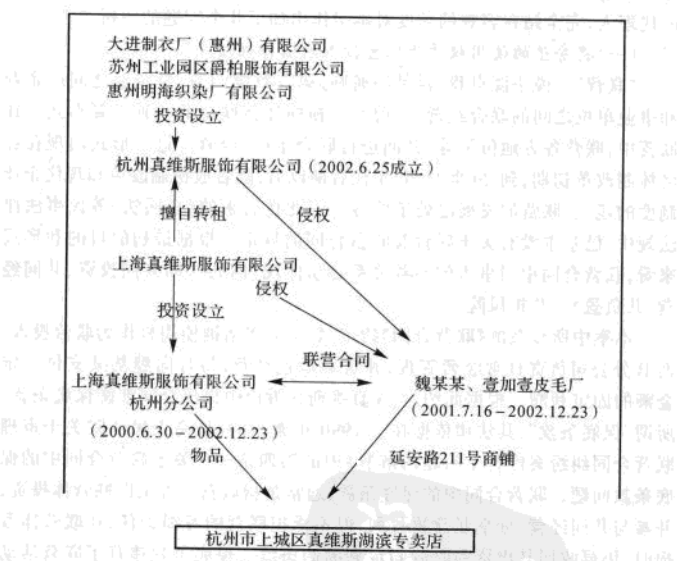
本案中所涉及的《联营合同》约定，魏某某将店铺使用权作为联营投入，而B分公司负责日常经营管理，并负责承包经营，每月向魏某某支付一定金额的固定利润。根据此约定，A真维斯在诉讼中提出合同涉嫌保底条款。所谓"保底条款"，其法律依据在于1990年颁布的《最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》中的第四条——关于联营合同中的保底条款问题，"联营合同中的保底条款，通常是指联营一方虽向联营体投资，并参与共同经营，分享联营的盈利，但不承担联营的亏损责任，在联营体亏损时，仍要收回其出资和收取固定利润的条款。保底条款违背了联营活动中应当遵循的共负盈亏、共担风险的原则，损害了其他联营方和联营体的债权人的合法权益，因此，应当确认无效。"

但正如魏某某一方所辩称，"保底条款"之说并不能否认该合同是联营合同的性质，正因为是联营合同，才会有"保底条款"一说，这一理由至多说明合同的权利义务分配有失公平。而一审、二审法院最终将合同定性为租赁合同，根本依据在于魏某某进行联营投入的标的是房屋的使用权。关于这一行为的法律性质，由于联营这种经营形式已逐渐淡出，我国法律条文并

未加以明确。但根据实际情况，还是存在相关方面的规定，散见于各个地方法规中。例如《株洲市城市房地产交易管理办法》第五章第四十六条规定，以联营、入股等形式将房屋或房屋内的设施、设备、场地的使用权提供给他人使用，只获得固定收益、不负盈亏责任的，应视为房屋租赁。其他许多地方也有类似规定。因此，魏某某将所涉店铺作为联营投入，每月收取固定利润而不论经营是盈是亏的行为，法院定性为房屋租赁，是正确的。

（二）主体的频繁变更导致法律关系复杂化，从而引发纠纷

【法律关系图】



从图中可以看出，本案所涉的主要四个主体，两两之间都各自存在着独立的法律关系，要把握本案的主要矛盾，首先应当理清各个法律关系。其中，A真维斯投资设立分B公司，B分公司和魏某某联合开设D真维斯，这两个法律关系是明确而不存在争议的。真正引起诉讼双方分歧的是，B分公司和魏某某签订联营合同，以及A真维斯将D真维斯转交B真维斯经营

这两个法律关系。关于联营合同的争议，属于对一个静态法律关系的理解问题，合同双方最初都依照约定的权利义务恪尽本分地履行，并未因此而导致侵权或违约行为的发生。真正使事件发生转折性变化的，则是合同一方主体所发生的变动，从而导致法律关系的混乱，引发利益之争。

2002年6月，B真维斯成立，并接管了D真维斯。同年12月，B分公司被依法注销，注销后一切债权债务均由A真维斯承受。至此，最初的联营合同实际履行状况已变更为：A真维斯取代B分公司成为合同一方主体，但真正代替B分公司履行权利义务的，又并非A真维斯，而是B真维斯，而这一切魏某某在当时却浑然不知，可谓混乱。正是由于这一事实的发生，才有了后来魏某某所实施的注销工商登记及清场行动。那么在这个因果链条当中，究竟是谁违约或侵权在先，则成为关键问题。

先来分析先行行为的法律性质。据A真维斯所称，其交给B真维斯的仅仅是D真维斯的经营权，以及店铺二、三层的使用权，而并非将整个店铺的使用权转交。但事实上，如上述争议焦点二中所提到，B真维斯的工商注册地、联营利润款提存公证书上所载明的提存人以及B真维斯与A真维斯所签订的财产赠与合同等，都可推断在魏某某采取维权行动之前，讼争店铺的实际使用人是B真维斯，使用范围既包括店铺的二、三层，也包括依约定不允许转交第三人使用的店铺一层。因此，尽管法律关系此时已经显得有些错综而模糊，但抽丝剥茧后，我们发现A真维斯已经违反了合同的约定，擅自将店铺一层转交给了B真维斯使用。换个说法，也就是A真维斯违约在先，B真维斯鸠占鹊巢。

当问题的始端被确定后，后续行为的性质就变得容易界定。那么魏某某随后采取的一系列行动，就并非像A真维斯所声称的那样是提前解除合同的违约行为，而是对已经发生的A真维斯违约行为进行的自力救济，尽管其未采取更为合理的诉讼、仲裁途径，但仍然符合法律和情理。



刑事篇





“高官”案件的两个争议焦点

——为原A省副省长何某某辩护

楼　献　顾杰峰*

案情简介

何某某，原系A省人民政府副省长，曾任B省劳动厅副厅长，C地委副书记、组织部长、书记，A省D地(市)委书记。2006年6月22日，何某某接领导通知前去中纪委接受调查；次日，因涉嫌受贿被中纪委“两规”。2006年9月21日，被移送检察机关，经最高人民检察院指定，由E省人民检察院立案侦查。2007年4月26日，侦查终结移送E省人民检察院审查起诉。2007年5月9日，由E省人民检察院移送F市人民检察院审查起诉。2007年11月14日，F市人民检察院向F市中级人民法院提起公诉。F市中级人民法院经最高人民法院指定立案受理后，组成合议庭，并于2007年12月5日在F市G区人民法院公开审理了本案，“两高”均派员现场督察。2007年12月27日，本案一审宣判，认定何某某受贿8410211.3元，退赃4387923.38元，被判处死缓。何某某没有上诉。

在本案庭审中，辩护人楼献、顾杰峰律师的主要辩护意见是：何某某具有自首、重大立功表现；何某某案中所涉部分款项系借贷关系，这有借条、借据，或是各企业间的借贷合同、财务凭证、银行凭证可以证实，不能以事后的言词证据来推翻有原始书证的借贷关系。两辩护人提出法律面前，人人平等，请求法庭依法裁量，给予何某某减轻处罚。

---

* 楼　献：男，毕业于东北师范大学，专业从事刑事、行政、房地产、证券、金融等领域的诉与非诉业务，专职律师。

顾杰峰：男，毕业于浙江工商大学，专业从事刑事、经济、海商等领域的诉与非诉业务，专职律师。

争议焦点

由于公诉机关对何某某的立功情节已予以认定，而何某某对相关款项的数额也无异议，故本案的争议焦点归集为：

一、何某某在纪委“两规”期间主动如实交代自己的全部犯罪事实，是否属自首？

二、何某某案中有100万元系企业间的借款，企业间有完整的借贷合同、财务凭证、银行转账凭证，何某某仅是介绍人。另有210万元有个人借条、借据，从形式上看完全符合民间借贷关系。而公诉机关通过事后的言词证据来推翻以上民事借贷关系，并认定这些款项均属何某某的受贿款，这种认定是否证据充分？

公诉人认为：

一、关于自首问题

1.《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》规定：自首必须自动投案，如实供述，且与司法机关掌握罪行不同。中纪委的函表明，在“两规”前，已掌握了何某某60万元的受贿问题。而何某某在中纪委掌握其60万元问题前，未投案自首。因此不构成自动投案。

2.案件是由中纪委移交，既然是移交就不存在自首的问题。

二、关于借条、借款协议问题

从本案单纯的书证来看，确属借贷。但据《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》之意见，不能仅看借条，还要考虑款项的去向、来源、有无正当理由、有无请托事项、是否归还、有无归还意愿。而本案中，何某某是收受上述款项，不存在借贷关系。所谓借款，都是何某某为解决本人的问题，而向行贿人索要的。从借款协议产生背景看，这些协议都是虚假的，各借款人之间并不认识，各借款人也无正当的借款理由。借款协议是为掩盖事实真相而为，明为借款，实为受贿。

辩护人认为：

辩护人在法庭辩论中，分五个方面发表并提交了近万字的辩护词，现将与争议焦点相关的辩护意见摘要如下。

一、关于自首问题

《刑法》第67条规定：“自首是指自动投案，如实供述。”在本案中，对于何某某在纪委期间主动交代了全案841万元中的781万元（其余60万元中纪委“两规”前已掌握），这是没有异议的。因此，何某某“如实供述”这一情

节是没有争议的。因而,关于何某某自首成立与否的焦点,就集中在其是否自动投案这一情节上。

《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》规定:“犯罪嫌疑人向其所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案的……罪行尚未被司法机关发觉,仅因形迹可疑被有关组织或者司法机关盘问、教育后,主动交代自己罪行的……应当视为自动投案。并非出于犯罪嫌疑人主动……公安机关通知犯罪嫌疑人的亲友,或者亲友主动报案后,将犯罪嫌疑人送去投案的,也应当视为自动投案。”因而,何某某在纪委“两规”期间如实交代相关问题,就应当视为其自愿接受有关机关的审查和监督,表明其愿意对自己所作所为承担法律后果,这完全符合自动投案的法律特征,应视为自首。同时,何某某还有一情节,在中纪委“两规”之前,他曾向省委、省纪委领导提出要到中纪委讲清问题,这也应视为向其所在单位主动投案。

另外,根据《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》的规定,即使是公安机关发现罪行后,通知犯罪嫌疑人到案,其能主动到案的,也应视为自首。

二、关于借条、借款协议问题

从所有的书证可以看出,A省某房地产发展有限公司的100万元,是通过银行转账出借给A某科工贸有限公司的,两家公司之间签订了借款协议。而后A某科工贸有限公司又通过电汇转借给了D市某大酒店有限责任公司50万元,同样正常记入公司账。以上款项何某某分文未经手,直至何某某案发,以上款项也未到还款期限。另210万元的个人间借款,除80万元是何某某为子女买房而借外,其余均是他人所借,何某某仅是中间人,并未收到分文款项。显然,以上款项从原始书证来看,应认定为借贷关系,而非何某某的受贿款。

公诉机关用案发后的言词证据推翻原始书证的证据效力,无形之中扩大了刑法权限。况且,不能排除当事人为了自保而不得不做出送钱、收钱的供述,这对《刑事诉讼法》第四十二条、46条的规定将构成巨大挑战。今后,公务员的民间借贷关系将难以确立。否则会有今日是借款,明日变受贿之虞。

审理判决

一、关于自首问题

办案机关(纪委)已经掌握何某某利用职务便利收受王某60万元贿赂

PDG

的线索，并对何某某进行调查。何某某得知后，虽向A省有关负责人表示了向有关部门交代自己问题的要求，但何某某的行为不属于主动投案，不应认定为自首。

二、关于借款协议问题

何某某及相关证人均已证实前述书证均系掩盖何某某受贿犯罪的手段，所记载的内容不是当事人的真实意思表示。

经典评析

1. 本案的一个核心争议焦点是自首的认定问题。

2. 本案的另一争议焦点是借条、借款协议的效力问题。《刑事诉讼法》第46条规定："对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。"然而在本案中，何某某及其他证人用言词推翻了原借条、借贷协议的约定，企业间的借贷关系、个人间的借贷关系，被转化为贿赂关系。事实上，上述款项从形式上看完全合乎民事交易的要求，而用刑法来否定民事法律关系，实际上是在扩大刑法的适用范围。

众所周知，在民事案件中，最高人民法院《民事诉讼证据的若干规定》第77条明确了原始书证与言词证据的证明力大小，即原始书证的证明力大于言词证据。而在刑事案件中，言词证据的效力就可以完全否定原始书证。为此，我们认为有必要在司法实践中对于用刑法来否定合法的民事行为制定一定的规则。

3. 胡锦涛总书记在2007年底召开的全国政法工作会议中指出："政法工作必须在党和国家工作大局下开展。"我们律师在办理特殊的反腐败案件时，理应坚持社会主义法治理念。我们在本案中就有一些特别的经历和体会。

在办理本案过程中，社会舆论纷纷，各路记者要求采访，我们均予谢绝。我们牢记辩护律师的宗旨是依法为被告人提出无罪、罪轻或减轻、免除刑事责任的材料与意见。既不因为被告人地位特殊，就追名逐利，亦不因案件特殊就畏首畏尾，不敢直言。

PDG

受人之托，忠人之事

——为李甲合同诈骗案无罪辩护

吴族春　徐雨雯*

案情简介

李甲因涉嫌合同诈骗，于2006年1月19日在福建省屏南县被杭州市公安局某某区分局刑事拘留，经杭州市某某区人民检察院批准于同年2月22日被依法逮捕。本案由杭州市公安局某某区分局侦查终结后，于2006年4月22日移送杭州市某某区人民检察院审查起诉，于同年5月22日被退回补充侦查。经补充侦查后，于同年6月22日重新移送审查起诉，于7月21日第二次退回补充侦查，公安机关于同年8月21日再次移送审查起诉。杭州市某某区人民检察院于同年9月21日依法延长审查期限半个月，于2006年9月29日向杭州市某某区人民法院提起公诉。公诉机关指控，2005年11月下旬，李甲伙同李乙、“丙弟”(均另案处理)经事先预谋，准备了伪造的汽车牌照、驾驶证、行驶证等，驾驶春兰牌货车来杭州以帮人运输货物的方式实施诈骗。11月28日，由李乙、“丙弟”外出寻找作案目标，李甲则在旅馆内守候。后李乙持伪造的汽车牌照、驾驶证、行驶证等证明文件，化名“林某”与本市石大路货运市场135号摊主签订货物运输合同，运输目的地为浙江省瑞安市。当日，李乙、“丙弟”按合同规定将30吨高压聚乙烯(价值人民币307500元)装上货车，在途中换下伪造的汽车牌照并接上李甲上车，三人将车开至福建省境内销赃。

2006年10月23日，杭州市某某区人民法院公开开庭审理了此案。辩护人从刑事证据学角度，通过对证据三性的甄别，分析了证据间的相互关系、能否形成证据体系及证明对象，结合刑事案件的证明标准，就本案公诉

* 吴族春：男，厦门大学法学本科，专职律师。
徐雨雯：女，西南政法大学民商法硕士，专职律师。

机关所指控的诈骗行为，从诈骗的货物的数量不清、作案人身份无法确定、作案工具无法确定、作案时间无法确定及作案对象与被告人李甲没有关联等多方面展开辩论。最终认为本案事实不清、证据不足，对李甲的指控不能成立。遗憾的是，合议庭没有采纳辩护人的辩护意见，于 2006 年 11 月 14 日作出(2006)下刑初字第 408 号刑事判决书，认定："被告人李甲伙同他人以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中骗取对方当事人的财物，数额特别巨大，其行为已构成犯合同诈骗罪，应予以惩处。公诉机关指控的罪名成立。被告人李甲辩解其只是受雇开车，并不知是诈骗的意见，与其多次的供述以及本院查明的事实不符，不予采信。同时其辩护人的辩护意见也与本院查明的事实不符，不予采纳。"遂判决：被告人李甲犯合同诈骗罪，判处有期徒刑十一年，并处罚金人民币 10000 元。剥夺政治权利二年。本案一审判决作出后，李甲情绪相当低落，对前景没有信心。但辩护人认为本案在证据上存在重大的瑕疵，只要上诉就有希望，否则就只能接受一审的判决。经认真考虑后，在再次会见李甲并征得同意的情况下，辩护人接受委托，就本案向杭州市中级人民法院提出上诉。

上诉之后，辩护人及时向中院主审法官详细阐述了本案的辩护观点，并对一审法院认定的事实提出质疑。辩护人的坚持和努力没有白费，辩护人的辩护观点引起了主审法官的高度重视，合议庭决定对该案开庭审理。2007 年 3 月 7 日，杭州市中级人民法院开庭审理了此案，经过辩护人与公诉方关于事实与证据的激烈辩论，辩护人的观点得到了法庭的认可。2007 年 3 月 20 日，杭州市中级人民法院作出(2007)杭刑终字第 6 号刑事裁定书。该裁定书认定："本院认为，原判以被告人李甲的供述及被害人陈某某、吴成忠的陈述等不能相互印证的证据认定被告人李甲犯合同诈骗罪的事实不清、证据不足。上诉人(原审被告人)李甲及其辩护人所提原判认定的事实不清、证据不足的相关诉辩意见，予以采纳。"撤销了(2006)下刑初字第 408 号刑事判决书，并将该案发回重审。该案发回到杭州市某某区人民法院后，杭州市某某区人民检察院撤回起诉。李甲重获自由。

争议焦点

1. 本案是否系李乙等人所为？

2. 李甲是否为合同诈骗的共犯？

经典评析

辩护人认真查阅了本案的公诉机关提供的全部案卷材料，并同嫌疑人

PDG

李甲进行核实。通过对本案现有证据进行充分的分析辩护人，辩护人认为该案在作案人、作案时间、作案地点、作案工具(伪造的汽车牌照、驾驶证、行驶证、车辆)、涉案物品、涉案价值等事实部分存在诸多疑点，并就存在的疑点与本案侦查人员、公诉人员进行了交涉。进入审查起诉阶段后，在辩护人的努力下，本案两次退回补充侦查，但公安机关并没有提供新的证据对案件事实予以证实。在一审阶段，带着对这些事实的疑问，辩护人发现本案的证据相互脱节，不能形成完整的证据链，不能达到刑事诉讼证据“唯一性”的标准。因此，辩护人决定为李甲作无罪辩护。

现将该案辩护词摘录如下，以期与大家分享。

辩护词

尊敬的审判长、审判员：

浙江裕丰律师事务所依法接受本案被告人李甲的委托，指派吴族春、徐雨雯律师担任李甲的二审辩护人。接受委托后，辩护人查阅了全部的案件材料，并多次会见了被告人。经过认真分析、结合辩护人对法律的理解，辩护人认为，一审判决认定事实不清、证据不足，现依法发表如下辩护意见。

一、本案一审判决认定的事实不清、证据不足

(一)本案是否系李乙等人所为事实不清、证据不足

1.一审认定李乙化名“林某”，证据不足

受害人陈某某2005年11月29日的报案记录中称诈骗其货物的人叫“林某”，其与“林某”签订了一份货物运输协议。但本案中陈某某并未提供该份货物运输协议，无法证实陈某某自己的陈述。陈某某对照片只作出了“相似”辨认，而长相相似的人很多，不能证实“林某”就是李乙。

“林某”的签名仅仅出现在浙江广源石化有限公司的物资联系单上，但浙江广源石化有限公司仓库负责发货的人却并未对2005年11月28日提走货物的人进行辨认，因此无法证实陈某某作出“相似”辨认的10号照片上的人与提货者是同一个人。物资联系单上“林某”的签字没有进行字迹鉴定，无法证实“林某”的签名是李乙所为。此外，在李甲的供述中，出去找货的是李乙和“丙弟”二人，但在陈某某的报案记录中，只有“林某”一人。

据此，本案中没有充分、确实的证据能够证明“林某”就是李乙，浙江广源石化有限公司的物资联系单上“林某”的签字就是李乙本人所为。因此，仅根据陈某某对10号照片的“相似”指认及浙江广源石化有限公司的物资

联系单“林某”的签字认定李乙化名“林某”,并与“丙弟”将30吨高压聚乙烯装上货车这一事实,证据不足。

2.本案的关键证据“合同”缺失

一审法院认定被告构成合同诈骗罪的一个关键事实是:李乙化名“林某”与陈某某签订了货物运输协议。2005年11月29日,受害人陈某某报案时也称曾与“林某”签订了一份货物运输协议。但在杭州市公安局某某区分局于2006年4月17日出具的“情况说明”中表明:受害人陈某某根本未提供货运合同的原件或复印件,也就是说,本案中并没有关于“货物运输协议”的任何证据。那么,“林某”与陈某某之间是否签订了合同?与陈某某签订合同的是否另有其人?合同的内容是什么?这些基本事实无法确认。所有关于“货运”的陈述都来自陈某某,没有其他任何证据予以证实(不能排除陈某某将货物转卖他人,报假案的可能性)。

值得注意的是,根据陈某某的陈述:签订合同的时间是2005年11月28日下午2点左右;杭州市公安局某某区分局石桥派出所的“接受刑事案件登记表”上记录的被害人报案时间为2005年11月29日11时47分,从签订合同到报案不到24个小时。本案涉案货物价值巨大,陈某某与“林某”是第一次合作,正常情况下,货运委托人会妥善保管好双方的合同。而被害人这么短的时间就找不到如此重要的证据,不符合常理。

3.本案没有任何关于作案工具的证据

受害人陈某某的报案记录中称“林某”使用的货车号牌为“闽H90088”,陈某某提供的车辆行驶证复印件上载明的车辆厂牌型号为解放牌货车。本案中,李甲等人驾驶的是牌号为“闽J20889”的春兰货车。两个车子的号牌、车型根本不一致。受害人陈某某作为石大货运市场135号货物托运部负责人,对这两种完全不同的车型是有识别能力的。这就证明了,当时运走货物的车是一辆解放牌货车,并非春兰牌货车,根本就是两辆车子。

一审认定李乙等人使用了假号牌、假执照、假行驶证,但都没有提交相应的证据予以证实。在判决书第2页认定的“当日,李乙、‘丙弟’按合同规定将30吨高压聚乙烯装上货车,在途中换下伪造的汽车牌照并接被告人李甲上车”的表述中,可以确定,本案被告从未见到过假的车牌。事实上,李乙是否使用了假车牌、假执照、假行驶证等假手续,使用的是什么假车牌,什么时候换上假车牌,什么时候换上真车牌,本案被告根本不知道。本案两次退回补充侦查,侦查机关也没有找到这些重要的证据。

《刑事诉讼法》规定:“证明案件真实性的一切事实,都是证据。”这要求

刑事案件的事实,是证据能够证明的事实。而本案一审判决仅凭本案被告的供述,在没有任何证据证实的情况下,认定本案具有如上情节,不符合刑事案件对事实认定的要求。据此认定"闽 H90088"与"闽 J20889"就是同一辆车,证据不足。

4.作案时间无法确定

案发时间是刑事案件非常关键的一个基本事实。案发时间不能确定,对被告是否有作案时间等基本事实就无法认定,就不能排除有他人作案的可能。本案的案发时间是 2005 年 11 月 28 日。如果该案确实是被告李甲等人所为,那么在 11 月 28 日之前,李甲等人就应该已入住杭州。在被告的多次笔录中,对其在杭州的时间始终未能确定,在李甲第一次被关押在杭州市某某区看守所时,侦查机关曾要求其指认当时住过的旅馆。但是,本案中,没有任何关于被告住宿登记的记录,也没有其他证人证言予以证实,不能证明李甲等人入住的时间与案发时间吻合。

此外,受害人陈某某的报案记录中称其货物于 2005 年 11 月 28 日下午 2 时许,与一名叫"林某"的男子签订运输协议后,由"林某"到东新燕航仓库装货。在受害人吴成忠 2006 年 1 月 27 日的笔录中:"当天下午 4 点多钟我给司机打电话,问他何时装货,司机说 20 分钟就到仓库了。"两个受害人的笔录说明了"林某"是在 11 月 28 日下午 2 点左右才与陈某某达成运输协议,是 4 点多才去装货的。而李甲的供述中:"直到第五、六天的中午,李乙给我打电话说去装货,装好货给我打电话。"也就是说,李乙告诉李甲要去装货的时间早于"林某"与陈某某达成运输协议的时间。如果"林某"就是李乙,那么李乙怎么可能还未找到货,就告诉李甲要去装货呢?

李甲来杭州就一次,但李乙、"丙弟"是否也只来过一次,没有证据能够证实。因此,就算本案确实是李乙所为,也不能排除其单独作案的可能。

5.作案对象不能确定,且与李甲没有任何关联

根据李甲的供述、公诉机关的起诉书、一审判决书,都明确了很重要的一个事实:装货时李甲并不在场,货拉到鹤塘镇后,李甲下车回家休息,卸货时也不在场。李甲自始至终根本没有看到过货物。因此,不能确定李甲帮李乙拉的货就是陈某某被骗的货物。本案赃物未被追回,也不能证实李乙在杭州拉的货就是高压聚乙烯。

6.货物数量不清

公诉机关认定本案涉案货物数量为 30 吨的依据是两个受害人的报案记录(物资联系单、发票)。但物资联系单上"林某"签名是否系李乙所为未

经查实，赃物也未查获，不能证实被告等人所拉货物确有30吨。此外，被告等人驾驶的是运载量为10吨的春兰货车。高压聚乙烯是一种体积较大的物品，核载10吨的春兰货车根本装不下30吨的高压聚乙烯。公诉机关提供的广源石化有限公司仓库负责人周云杰的笔录里，也未对这个问题予以证实。因此，仅凭未经查实的物资联系单认定本案的涉案货物数量，证据不足。

(二)一审认定李甲是合同诈骗的共犯事实不清、证据不足

依据一审认定的事实，本案是一个共同犯罪的案件。根据《刑法》规定，成立共同犯罪必须具备如下条件：(1)共同的犯罪故意；(2)共同的犯罪行为。共同犯罪故意的构成是指共同犯罪人在认识因素上要认识到不是自己一个人单独实施犯罪，而是与他人共同实施犯罪；在意志因素上对本人以及其他共同犯罪人的行为会造成危害社会的结果持希望或者放任的态度。而本案中李甲无论从认识因素还是从意志因素上都没有参与合同诈骗的共同故意。

1.一审认定李甲具有合同诈骗的共同故意，证据不足

一审认定本案被告与李乙、"丙弟"有事先预谋的共同故意。但因本案李乙、"丙弟"未归案，本案被告是否与李乙、"丙弟"有过事先的沟通，达成诈骗的共同故意没有其他的证据予以证实。被告李甲的多份笔录对这一事实的陈述前后矛盾，依据《刑事诉讼法》第四十六条的规定：只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚。李甲的笔录不能作为认定其与李乙、"丙弟"达成诈骗他人财物的共同故意的证据。

2.客观方面，李甲没有实施合同诈骗的行为

李甲于2004年下半年起就为李乙开车，之前李乙欠了李甲6000多元工资。在这次到杭州为李乙开车的过程中，李甲没有参与找货、装货、卸货。车到鹤塘后，李甲即回家休息，也没有参与货物的处理，更不知道假手续。李甲自始至终只履行了开车的职责。李乙给李甲的4000多元钱，除去这次开车的工资，另一部分是支付前面拖欠的工资。事实上，李乙还欠李甲2000多元工资未付，李甲拿到的不是销货的赃款。

二、价格鉴定结论

赃物核价证明是法定估价机构接受人民法院、人民检察院、公安机关的委托，对委托机关各自管辖的刑事案件中价格不明或者价格难以确定的扣押、追缴、没收物品进行估价后出具的书面估价结论。本案中，价格鉴定结

论是认定本案涉案货物价值的主要证据，它是对本案被告定罪量刑的重要依据。这份价格鉴定作出的第2项依据为《扣押、追缴、没收物品估价管理办法》，即价格鉴定的对象应该是扣押、追缴、没收的物品。而本案中，货物并未被追回，侦查机关在委托价格鉴定时，没有提供实物，不适用《扣押、追缴、没收物品估价管理办法》作为鉴定依据。

鉴定结论的内容不规范。证据应当具备客观性、真实性和严密性，作为鉴定结论的核价证明，其内容也应严谨而无懈可击。但在本案中，核价证明的内容过于简单，没有案发地点、涉案物品的型号和等级、当前市场价格等重要内容，不具备证据严密性的要求。这份价格鉴定报告的结论与浙江广源石化有限公司为被诈货物开具的增值税发票上的价格完全一致，其客观性值得怀疑。

作为确定涉案货物价值的重要证据，核价证明应该客观、真实，但本案中，侦查机关委托价格鉴定时并未提供实物，鉴定人员不验看涉案物品实物而出具核价证明，这种核价证明只能徒有形式，不具备证据的客观性、真实性，不能作为证据使用。因此，不能据此作为认定本案被骗财物价值的依据。

三、本案被告的有罪供述不能单独作为定罪的依据

本案被告的多份笔录前后矛盾，在其笔录中对作案时间、作案工具、赃款等供述，公诉机关在一审中并未提供相应的证据对这些内容进行证实。依据《刑事诉讼法》第四十六条：只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚。

我国《刑事诉讼法》第一百六十二条第一项明确规定："案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人有罪的，应当作出有罪判决。"这一规定表明，证据"确实、充分"是我国《刑事诉讼法》规定的对被告人作出有罪判决的证明标准。所谓证据确实、充分，既包括对证据质的要求，也包括对证据量的要求。它包括以下内容：(1)据以定案的每一个证据都已查证属实；(2)每个证据与案件事实都有实质的关联性；(3)各个证据之间以及证据与案件事实之间的矛盾都可以得到合理的解释；(4)综合认定的结论具有唯一性，即排除其他可能性。

纵观本案的所有环节，除了照片"相似"将"林某"与李乙之间进行了一点可能的联系，有关本案的其他重要环节，如案发时间、作案人员、运货车辆的车型和号牌及销赃等等均不能一一对应和证实。陈某某与本案被告从未谋面，被害人根本不知道本案被告是否参与了这次诈骗活动。更值得我们

注意的是,本案于2006年5月22日、7月21日两次退回公安机关补充侦查。公安机关于同年8月21日再次移送审查起诉,公诉机关于同年9月21日依法延长审查期限半个月,于同年9月27日提起公诉。侦查机关两次补充侦查后提交的证据(物证)仍不能证明本案的重要事实,即"林某"是否系李乙、李乙是否使用了假手续、假手续中是否有"闽J20889"的汽车牌照、李乙等人入住杭州的具体时间、李甲拉的货物是否就是陈某某被骗的货物,及货物的真实数量,货物被拉到福建后李乙、"丙弟"是如何处理的,货物的去向,李乙与李甲之间是否有预谋等。本案的证据不能排除他人作案的可能性,达不到《刑事诉讼法》第162条"确实、充分"的要求。

综上分析,本案事实不清、证据不足,一审判决错误。本案存在诸多疑点,在这些疑点没有查实之前,不能排除他人作案的可能性。二审判决将决定本案被告一生的命运。恳请合议庭充分考虑辩护人的以上辩护意见,以事实为依据,以法律为准绳,依法作出公正、神圣的裁决。

PDG

血案存疑，刀下留人

——对褚某某"捉奸杀妻"冤案的反思

徐培植*

案情简介

1998年秋发生在德清县武康镇的一起命案，差点把一个无辜者送上不归路。

褚某某，原系浙江省德清县某家具厂工人。1993年经自由恋爱，与姚某某结为夫妻。婚后三年，因褚有外遇，双方协议离婚。1997年12月，两人复婚后，姚来到县城武康镇一家名叫红高粱的歌舞厅做女招待，并租了一套三居室住房。

姚某某在歌舞厅工作，难免会有一些风流韵事，褚也有所风闻。但褚感到自己有过错在先，又觉得复婚后姚对自己及儿子均还不错，夫妻间还算恩爱，因此对姚的行为也就不放在心上。

1998年11月1日，褚某某见妻子已很久没有回家，也没有回传呼，于是气冲冲地赶到姚的住处。他见房门紧锁，便一脚踢开房门，进入客厅。但里间卧室的门也是锁着的，褚就爬到气窗往里看，见姚躺在床上，身上盖着被子，双脚外露。于是褚又猛力踢开卧室房门。当他掀开被子一看，不禁大惊失色，姚的颈部全是血迹，气息全无。

德清县公安局刑侦大队经过现场勘查和尸体检验后，认定这是一起凶杀案。死者生前与他人有过性行为，被人用锐器切断颈总动脉和总静脉，大出血休克死亡。死亡时间推断为10月29日10时30分至次日凌晨1时30分之间。

侦查机关在排除了其他男友作案的可能性后，主要疑点便集中到了死

---

* 徐培植：男，专职律师。

者丈夫褚某某身上。1998 年 11 月 4 日,公安机关以故意杀人嫌疑对褚某某刑事拘留。

争议焦点

控辩双方对如何认定褚某某为杀人凶手以及如何正确对待刑事诉讼证据问题上出现严重分歧。公诉机关认为被告人褚某某不愿主动报案以及有人指认案发后其双眼红肿,指认案发当晚从其形体衣着辨认其为凶案现场的人,特别是其本人亲口 12 次的有罪供述,因而认为足以认定其为杀人凶手。辩护人则认为对其有罪证据的取得不排除刑讯逼供以及诱供的嫌疑,同时认为证据间相互矛盾而无法构成完整的证据体系,认为指控被告人褚某某犯有故意杀人罪事实不清、证据不足,应宣告被告人无罪。

审理判决

经合议庭评价后,1999 年 10 月 27 日提交审判委员会讨论。认为本案的主要证据是被告人有罪的供述和无罪的辩解,这些供述和辩解均得不到相关的证据所证实,有的证据与证据之间不能相互印证,没有形成有效的证据链,不能作为定案的依据。公诉机关指控被告人褚某某故意杀人的事实不清、证据不足,所指控的罪名不能成立。决定作出存疑判决,宣告褚某某无罪。

该案由死刑到判决无罪,社会影响重大。下判前,湖州市中级人民法院将审判委员会的决定向湖州市政法委员会作了汇报。

湖州市人民检察院得知法院要作出无罪判决后,于 1999 年 11 月 15 日以"因事实、证据有变化"为由,主动申请撤回对褚某某的起诉。同日,湖州市中级人民法院作出准许撤诉的裁定。

随后,公安机关将褚某某释放。至此,褚某某已被关押 14 个月。

经典评析

1999 年 10 月 13 日,湖州市中级人民法院对本案进行了公开开庭审理。庭审整整进行了一天,控辩双方对于褚某某是否构成故意杀人罪进行了激烈的争辩。

在法庭上,公诉人列举了能证明被告人褚某某故意杀人的所有证据,包括宣读褚某某 12 次审讯笔录中的有罪供述,以证明褚某某有杀人的动机、作案的时间、凶器的来源去向、杀人的事实及作案后的反常表现,并经审判长许可当庭播放了审讯褚某某的录像,以证明褚的有罪供述自然、正常及侦

查机关对褚没有刑讯逼供。褚某某对上述证据中有关他的有罪供述、指纹鉴定,证人沈××、朱××、王××的证言提出异议,称"有罪供述是他们打我才被迫承认的,原来的交代不是事实;指纹是踢门进去发现姚死亡后留下的;10月29日晚我没有喝酒,自己也不会喝酒,是沈××看错了;朱、王夫妇碰到的人肯定不是我。"

针对公诉机关的指控,辩护人促出了起诉书指控被告人褚某某犯有故意杀人罪事实不清、证据不足的十个方面的辩护意见。

1.起诉书指控被告人携带刨刀杀害了被害人姚某某,然而,这作案工具是从哪里来的呢?被告人并非木工,又无工具的提供者,凶器来源没有出处;同时,被告人说该刨刀已扔入北面桥外河中,但至今一直未能找到。被告人还供认,他作案前用砂轮磨刀,但现在也找不到这磨刀的"砂轮"。

2.起诉书指控被告人用刨刀向被害人颈部"猛凿数刀",由于来势猛烈加上事先已经磨刀,其伤口处留下的肯定是光滑整齐的创伤。但是,公安机关的尸检报告中却说:"两侧创角较钝。"这就很难说明是锐利的刨刀所刺,更不像被告人所称的刨刀所砍。

3.被告人讲他在现场室内曾吸过"上游"牌香烟一支,搜查现场时确有烟头一个,然而遗憾的是,对这支香烟竟没有化验,既没有查明该烟是否上游牌,也没有查明是否有被告人的唾液痕迹。

4.根据现场勘验,死者胸罩中间部位整齐离断,在卫生间浴缸水龙头、浴缸内的塑料面盆及挂在卫生间门后的毛巾上均验出显血反应。那么,这胸罩是如何离断的,这些地方的血又是如何沾上的,褚在所有的供述中没有涉及这些细节,褚既然承认杀人这样的重罪又何必隐瞒这些细节呢?另外,根据被告人称,他曾用毛巾擦了姚某某身上的血,以后又将毛巾丢到了莫干山大酒店拐角处的一只垃圾箱里,但该毛巾至今又到哪里去了呢?

5.被告人在供述中承认10月29日去被害人处曾与被害人发生过性关系,那么在姚某某的阴道内或会阴部位应留有精液,从而我们可以据此肯定被告人确在29日去了被害人处。然而,勘验笔录中除提取了"粘附可疑斑斑两张面纸"外,就再也没有对此"斑斑"作出可信的化验(注:事后知道,其实,公安机关已对此作出鉴定,证明并非被告人所留的精斑,但办案部门未让律师过目)。那么这些可疑的斑斑又是什么呢?又是谁留下的呢?同时,检验所得"被害人外阴后交叉部有草纸粘附",对此也没深究,没有化验,这些都成了"不明飞行物"。

6.关于行凶的动作。被告人供述中说他是乱凿的,然而检验报告中和

死者的照片上却明明反映了是整齐的切口。这里有两点值得深究。第一，一般刨刀约 20 厘米宽，在“乱凿”的动作下，其切口必然大于刀刃，不可能出现相等甚至于更小的切口。其次，既是乱凿，其切口肯定参差不齐，然而图片上呈现出的却是整齐的切割，这根本不像是乱凿留下的痕迹。同时，被害人除左手为被告人压制外，右手仍然是自由的，本能的反抗肯定会给被告人留下抓伤的痕迹，然而事实上被告人经检查无一处伤迹，这令人难以置信。

7.死者颈部动脉被切割大出血休克死亡，现场棉被、床单、枕头均有大量血迹，床靠板及靠板上方有 1.4 米×0.45 米呈扇形喷溅状血迹，床前地上有喷溅状血点，床板下有 0.5 平方米血滩，这种喷溅血迹肯定会在行凶者的指甲、衣裤上留有血痕。褚在回家后并未洗涤过衣裤，而侦查机关却没有在褚的衣裤鞋袜上找到任何血迹，这更是超乎寻常不可思议的。

8.证人在辨认时说：那天晚上在楼梯上看到的就是匆忙下楼的被告人，并说这时三楼姚某某房间的灯光还亮着。但是，现场勘验则说“房内灯光呈关闭状态”。如果两位证人碰到的确是凶手被告人的话，那么这房内的电灯又是谁关掉的呢？所以，他们的证言只能证明他们那天确实在楼下碰到了一个像褚某某一样的人，但这个人是否褚某某无法确证。

9.关于指纹。被告人在案发前、案发后均到过现场，现场留有指纹不足为奇，褚某某在法庭上辩解指纹是 11 月 1 日所留，公诉机关也无其他证据予以反驳。

10.要故意杀人，必有杀人动机，不然无法激起杀人的内心冲动。被告人平时生活不够检点，与姚某某婚姻存续期间，又与另一位农村姑娘相好。复婚后，褚对自己的不检点表示了忏悔，认为主要是自己的过错行为造成了婚姻上的风波。被害人姚某某在武康工作，知道她工作的性质，对于被告人来说已经麻木。然而，这次在没有任何理由的情况下他带刀前往，是不可思议的。

根据上述十大疑点，辩护人认为：本案的证据材料尚不能组成一个完整的证据体系，形成不了证据链，认定被告人犯故意杀人罪事实不清、证据不足。遵照“疑罪从无”原则，应对被告人褚某某宣告无罪，最后为法庭所采纳。

法官办案，尤其是办理死刑案件，要慎之又慎，来不得半点马虎。一定要把死刑案件办成“铁案。”办错案件，甚至发生冤杀，给国家、人民、当事人家庭带来的损失将是巨大的，也将带来不可挽回的损害。

办理死刑案件要防止冤案的发生，必须做到慎独守志“审思研察”。首

先要有全心全意为民做官、为民办事的政治素质，要有秉公执法，勇于负责，不唯上、不唯权、只唯实、只唯法，敢于说真话、说实话的优秀品格和无私奉献精神。这是作为一位人民法官必须具备的最基本素质。作为办理死刑案件的律师不应轻信被告人的认罪供述，应认真听取被告人的无罪辩解，严格审查和严密判断公诉机关提供的证据之间存在的矛盾和疑点，这是需要勇气和胆略的，也是辩护律师必须具备的职业品格。

时间飞逝，匆匆一年又一年。2001 年 4 月，德清县公安局破获了一起入室盗窃杀人案，抓到一个名叫沈某某的嫌疑犯。审讯中，嫌犯交代他曾于 1998 年 10 月在武康入室盗窃，并杀了当时在房间里的女主人。

警方于是马上对他的精液和指纹进行化验，结果和姚某某一案中保存的资料完全符合。

原来，沈某某是一个以入室盗窃为生的惯犯。他下手的对象一般是那些深夜独自回家的单身女性。1998 年 10 月 30 日凌晨左右，他在街上发现了独自一人的姚某某。于是他尾随一直到她的租房，在楼下看姚上楼。一会儿，三楼有一间房间的灯亮了，沈某某凭经验知道那就是姚的住处，于是他来到三楼，撬开房门，来到姚的卧室。在他翻动姚的皮包时，姚被响声惊醒。沈某某见自己暴露了，就一不做二不休，拿起墙纸刀一把割开了姚的喉咙。然后，他又丧心病狂对姚的尸体进行了奸污，之后逃离现场。

真凶抓住了，本案终于水落石出。至此，一场被告人褚某某一连十二次供认是自己杀死了妻子的震惊德清各界的丈夫“捉奸杀妻”的冤案终于大白于天下，从而避免了一起错判死刑案件的发生。

2002 年 11 月，浙江省高级人民法院作出决定，给办理本案的湖州市中级人民法院记集体二等功，并给本案主审法官卢武康记个人一等功。同年 11 月，浙江省律师协会常务理事会决定授予本案承办律师徐培植“刑事辩护突出贡献奖”。

李某某交通肇事案

——谨慎审查言词证据

徐培植[*]

案情简介

2004年7月14日下午1点05分，在温岭市泽国镇桥林村发生了一起交通事故，被害人潘某某(女)被一辆轿车撞击倒地，急送医院不久死亡。

事发后，温岭市交警部门即对现场进行了调查，并对有关车辆进行了物证检验。在该事件发生的时间段内，李某某适逢去泽国购买物品，在中午12点40分—50分时间里从事故现场附近倒车去了泽国，从而也就成了嫌疑人，被公安机关传唤讯问。为取得确凿证据，交警部门当天还对李某某的车辆进行了详尽的物证检查，最后结论为："该车表面未留明显碰撞和刮擦痕迹。"交警部门对此作出了温公交第70024号事故认定书："无法查证交通事故的事实。"最终否认了李某某犯有交通肇事。

被害方不服，于2005年5月25日向温岭市人民法院提起人身损害赔偿民事诉讼，不久被法院驳回起诉；被害方又于2005年7月27日上诉于台州市中级人民法院，不久被驳回。被害方并未因此偃旗息鼓，他们到处寻找关系，到处告状，用极不正当的手段，游说要挟各方领导，将死人冰冻不火化，用死人压活人，甚至还用高薪收买证人等等。这样，2005年12月2日，温岭市交警部门重新对该事件作出"交通事故认定书"，认定"李某某驾车倒车时碰撞行人潘某某，对交通事故发生起直接作用，确认其负本次事故的全部责任。"进而于2005年12月24日以李某某犯有交通肇事罪对其刑拘，同年12月9日予以逮捕。随后，温岭市检察院于2006年3月16日向温岭市人民法院提起公诉。

---

* 徐培植：男，专职律师。

审理判决

浙江省温岭市人民法院对李某某交通肇事一案，经审理后，于2006年10月18日对本案做出刑事裁定书："温岭市人民检察院以被告人李某某犯交通肇事罪，于2006年3月12日向本院提起公诉。在诉讼过程中，温岭市人民检察院以事实、证据发生变化，向本院提出撤回对被告人李某某的起诉。本院认为，温岭市人民检察院撤回起诉的理由正当，应当准许，依照最高人民法院《关于执行中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的解释》第177条的规定，裁定如下：准许温岭市人民检察院撤诉。"至此，一场沸沸扬扬的李某某交通肇事案尘埃落定。

经典评析

在检察院提供的证据目录和公诉词中，都特别强调了目击证人吴某某耳闻目睹的证人证言的真实性，认为该证据足以证明交通肇事者是李某某，是本案起关键性的直接证据。为此，如何看待言词证据的证人证言，如何对待甄别言词证据的真伪，就成了判别本案罪与非罪的关键。

证据，即证明的根据，就是以已知的事实来证明未知的事实，已知的事实是证据，未知的事实是证明对象。我国《刑事诉讼法》规定了刑事诉讼证据有七大类，而从证据分类角度又分为言词证据和实物证据、有罪证据和无罪证据、原始证据和传来证据、直接证据和间接证据。言词证据和实物证据又俗称为人证和物证，言词证据在诉讼活动中主要有被害人的陈述、被告人的供述和辩解以及鉴定结论。他们往往是能直接证明案件是否发生，被告人是否有罪的证据，因而在刑事诉讼中，受到特别重视，有的甚至被称为"证据之王"。言词证据是人的意识对事件作出精神上的反应而形成的，它是以概念、境象等形式表现出来的。证人证言在刑事诉讼中的地位非常重要，因而往往成为追究被告人刑事责任的直接证据。

但是，由于言词证据主要是人的陈述，它易受人的主观思想和客观条件的影响，受感觉、知觉、直觉和时间地点条件的影响，因而对言词证据的审查需要特别慎重。言词证据非常重要，但同时又带有极大的危险性。公诉机关列举的吴某某的证人证言由于缺乏客观真实性，因而它不具有刑事诉讼证据的品格要求。

吴某某的证言缺乏客观真实：

1.吴某某是一个来历不明的人

吴某某自称是浩友汽车厂工人，但他不知道自己的老板、老板娘姓甚名

甚,“老板儿子名字也说不上,姓什么也不记得”,它不知道另一个同厂小工叫什么,它更不知道所谓的汽车厂到案发地有多少距离,更不清楚该条公路有多宽……(以上见原庭审记录)吴某某一无身份证,二无暂住证,三无固定住址,四没有合同工资单,没有证据表明他是该汽车厂工人,更不能证明事发当天他目击了现场。

2.吴某某证据来源不合法

吴某某承认他主动到公安机关来反映,“是受害人儿子、孙子来宁波我现在打工的地方,找到我,叫我到这里来的”(2005年7月29日笔录)。根据刑事案件的侦查由公安机关负责的法律规定,倘若真有侦查线索,当事人应向公安机关报告,由公安机关直接查找和咨询,这样才符合法定程序要求。利害关系一方私自寻找“证人”,“证人”在利害关系人的“动员说服”下,进入公安机关报告所谓案情,很难做到客观公正。

3.吴某某证言本身存在诸多矛盾

关于轿车从何方开出,吴一说从小斌门前倒车,一说从超市边上小路倒出;关于工作时间,他一说工作到20日,一说工作到月底;关于如何发现潘某某的,他一说看到老太行走在马路上,但又说不知道老太行走方向;他一说车尾往老太身上轧过,又说后底盘压了人体,他甚至能从40米外的地方看见车盘“很低”;他虽然拿着手机却没有报警;他嘴巴说非常恐怖,却马上去看了血腥现场;他一面说洗车场内还有一个河南小工,却又说河南小工“在不在我讲不清”;他和河南小工一起工作20多天,却说与他“不熟悉”等等,以上说明,吴某某提供的证据材料存在许多水分,极不真实。

事故发生后,现场立即拥上了许多群众,但没有人能清楚地指出吴某某的存在,加上吴某某证据材料存在着诸多瑕疵,我们认为,其证言极不真实可靠,根本不能作为定案的依据,最后为温州市人民法院全盘否定。温州市人民法院最终判决李某某无罪是完全正确的。

谁逃避了审判？

——透视周某某杀人案

宓雪军*

案情简介

2003年1月23日，浙江大学应届毕业生周某某报名参加嘉兴市某区政府组织的招收9名乡镇公务员的考试。经笔试、面试，周某某在众多的应试者中脱颖而出，排名第八。但意想不到的是，他在此后的体检中被查出有乙肝“小三阳”。而按照《浙江省国家公务员录用体检标准》，乙肝检查发现“大三阳”、“小三阳”者，一律不予录用。这样，周某某被无情地挡在了公务员队伍的门外。

获悉这一结果后，绝望的周某某产生了报复的念头，他持刀来到秀洲区政府行政大楼，朝负责招考的工作人员刺去，造成一死一伤的惨剧。

案件发生后，社会舆论哗然，人们在谴责犯罪行为的同时，还就目前大学生的就业压力、心理素质、社会对乙肝患者的歧视等问题纷纷发表了意见。

宓雪军律师在受理这个案件之后，除了在法律上为周某某进行辩护之外，更是揭露了此案深刻的社会根源。宓律师认为：此案的发生，不仅是被害人的悲剧，同样也是被告人的悲剧，更是社会制度设计中的不公平造成的悲剧，正是对于“小三阳”患者的歧视，造成了这一系列悲剧的发生。因此，揭示此案的根本原因，避免此类悲剧的再次发生，是律师义不容辞的责任。

虽然浙江省高级人民法院对周某某作出了死刑判决，但正是这一案件的审理，使政府各部门开始深入思考律师在辩护中提出的观点，开始关注“小三阳”这一特殊人群的合法权益。

---

* 宓雪军：男，专职律师。西南政法学院学硕士。

此案发生后，作为周某某辩护律师的省政协委员宓雪军在2003年浙江省政协九届一次会议上，提交了《应当保护“小三阳”患者的平等劳动权》的提案，建议修改浙江省国家公务员录用体检标准中的相关歧视性条款。此提案很快得到浙江省人事厅的回复。2003年底，浙江省公务员录用体检标准作出修改，增加了“测传染性”一款，为不具有传染性的“小三阳”患者赢得了当公务员的权利。2004年11月，国内各大媒体竞相报道了国家人事部《公务员录用体检通过标准(试行)》第二稿，改动后的新标准首先肯定了乙肝病毒携带者可以成为公务员。在公务员招录中，社会制度的设计正向着更为人性化、科学化、公平化方向迈进。

争议焦点

社会制度设计中的不公平造成的悲剧，是否应该由社会承担一定的责任，给被告人一个宽大处理的机会。

审理判决

嘉兴市中级人民法院作出一审判决：判处被告人周某某死刑，剥夺政治权利终身。

经典评析

一、本案犯罪有别于一般犯罪，是特定社会环境下大学生就业压力所引起的

本案中，被告人周某某故意杀人的动机是报复。那么，是什么原因引起被告人周某某的这一报复杀人的动机呢，也就是说隐藏在本案背后导致本案发生的深层次的社会根源是什么呢？本律师认为：一是对“小三阳”患者的歧视；二是由于在招考录用公务员过程中确实存在不公正、不公平、不透明的腐败现象。

(1)对“小三阳”患者的歧视使被告人周某某感觉被社会遗弃了。他感到很绝望、很无奈，他一个人的力量太渺小了，所以他想轻生，产生了报复的念头。

据可靠资料，全国有超过1.2亿“小三阳”(医学上，“小三阳”一般是指肝功能二对半的检测中第一项、第四项、第五项呈阳性，而第三项的E抗原呈阴性)患者，也就是说人群中10%的人是“小三阳”，公务员中有10%的人是“小三阳”。肝病专家告诉我们，“小三阳”并不可怕，可以正常工作，除了输血等深层接触，一般的握握手、吃吃饭等通常都不会传染。

因此,《浙江省国家公务员录用体验标准》将“小三阳”患者挡在公务员的门槛外不仅是不符合逻辑的,而且对应聘的“小三阳”患者(如本案被告人周某某)是不公平的、不公正的(因为,如果应聘的大学生如本案被告人周某某不能被录用,那么已经是公务员的“小三阳”患者该怎么办呢?),同时也是违背我国宪法基本原则的(宪法规定公民有平等的劳动权)。

周某某事件之后,本律师每天都能接到全国各地“小三阳”患者的电话或电子邮件,他们对周某某的遭遇深表同情。本案悲剧的发生以及全国各地许许多多“小三阳”患者同情的声音使我们相信被告人周某某犯罪动机的产生与这个歧视性的体检标准是密不可分的。隐藏在本案背后的是被告人周某某与歧视性规定一种无奈、极端的抗争。

(2)公务员招聘过程中存在的一些不公正现象足以使被告人周某某认为被害人干根华有错,这坚定了被告人周某某报复杀人的动机。

应当说,没有足够的证据表明本案中两名被害人存在明显过错,但这不等于说被害人在公务员招录过程中的工作作风、工作方式就没有瑕疵了。事实上,招录过程中的有些现象足以使被告人周某某认为被害人有错。比如,有人手有残疾却被录用;有人笔试成绩20多名,面试后一下跳到前三名等。虽然大拇指以外的手指残疾照标准可以体检合格(对此周某某并不知道);虽然有人笔试成绩不好,面试印象好总分大大提高,但有人亲戚在机关、人大工作也是事实,社会上在招录公务员过程中存在“拉关系”、“暗箱操作”等现象也确实屡见不鲜:因此,被告人周某某认为被害人毁灭了其作为公务员的梦想是情有可原的。正是被告人周某某认定的这些不公正、不公平、不透明的腐败现象坚定了他的犯意,促使他走上了犯罪道路。

通过上面的分析,我们知道,本案悲剧之所以发生,是有深刻的社会根源的。也许有人会说,这事怎么没发生在别人身上?全国有那么多的“小三阳”患者,他们也受到了一定程度的歧视,他们也见识了社会中尚存的不少阴暗面,怎么他们没有去报复杀人呢?我们说,这一悲剧之所以发生在被告人周某某身上,还与被告人周某某承受的就业压力有着密切的联系。

被告人周某某12岁就失去了父亲,母亲为了他没有改嫁,含辛茹苦把他拉扯大就是为了盼着他长大有出息。被告人周某某虽然话不多,但是心知肚明,他对母亲有太多的愧疚,希望有一天能好好报答母亲。尽管浙江大学毕业生总体就业形势不错,但作为农学系的毕业生就业并不乐观,所以此次公务员的应聘周某某是早做准备,寄予了厚望,并且从笔试到面试都顺利过关,眼看理想就要成为现实,突然晴空霹雳,体检出了问题而未被录取,周

某某感觉自己被社会遗弃了，原先的希望变成了泡影。他本来就承受着巨大的就业压力，案发前几个月来，他觉睡不好、饭吃不香，当得知未被录用时，这种压抑已久的情绪就突然爆发，导致了精神错乱，从而形成杀人的动机。

因此，本案被告人周某某是长期以来就业精神压力过重导致精神错乱从而引发报复杀人的。律师曾咨询过精神病专家，得知很多人精神失常就是因为长期的精神压力过重，一旦受到刺激，就会做出常人难以想象的事情，包括像本案的悲剧。

二、本案的启示

1. 大学生应树立正确的世界观、人生观、就业观

被告人周某某本来可以有美好的未来，做不了公务员也可以有多种别的选择，可以去其他企事业单位，也可以继续深造，完全不必因为做不了公务员而报复杀人，从而毁了自己的前程。辩护人希望即将走向社会的大学生们都能从本案中吸取教训，树立正确的价值观，适应社会，服务社会，做一个对社会有用的人。

2. “小三阳”患者应当有平等的劳动权利

本案悲剧发生后，“小三阳”患者是否享有平等的劳动权利，特别是“小三阳”患者是否应被拦在公务员的门槛外立刻引起了全国性的大讨论。很多省已有修订公务员录用体检标准的打算，其中，广东省绝大部分公务员岗位已对“小三阳”患者开了绿灯，辩护人希望浙江省有关部门能够从本案悲剧的发生中作一些思考，尽快修订《浙江省国家公务员体检标准》。

3. 政府在公务员招录过程中应当杜绝不公平、不公正、不透明的丑恶现象发生；高校应当增强大学生的心理素质培养。只有这些工作做好了，像本案这样的悲剧才可能避免发生。

有罪与无罪的较量

——林某玩忽职守案的评析

吕　俊　苑　亮*

案情简介

2002年9月，×县政府形成(2002)63号会议纪要，同意Y市国发房地产开发公司变更其在某工业园区内的国发花园项目的土地使用功能。2003年3月，国发房地产开发有限公司委托×县土地资产评估咨询有限公司(以下简称土地评估公司)对该地块变更前后的地价进行评估。根据土地评估公司出具的地价评估单，该地块变更前后的地价分别为1771万元、2062.2万元。评估单上注明："以上测算结果仅供参考，不作任何依据。"随后，国发房地产开发公司依据会议纪要，向县国土资源局提交上述有关资料，要求对该地块进行土地使用功能变更登记。

2003年4月，时任县国土资源局地产交易中心副主任的林某负责对国发花园项目用地变更土地使用功能进行审核。根据前述地价评估单以及县国土资源局1999年《关于调整土地使用权转让收取出让金及业务管理标准的通知》规定，县国土局决定按地价评估单上的差价乘以20%补充收取国发房开公司土地出让金58.24万元。同日，国发房开公司即缴纳土地出让金。同月13日，县国土局核发了该地块的《国有土地使用证》。

但到2003年11月，县府办《县政府〔2003〕55号专题会议纪要》认为："……国发房开公司补交出让金按'现土地用途评估总价减去原土地用途测算价后的20%标准收取出让金'，显然不合理，应予以纠正。"2004年2月25日，县府办《县政府〔2004〕3号专题会议纪要》进一步明确："……国发房开公司补交出让金问题……土地价格要参照附近土地条件较为相似的

---

* 吕　俊：女，毕业于浙江师范大学，主要从事刑事领域，专职律师。
苑　亮：男，毕业于南开大学，主要从事刑事以及民商事领域，专职律师。

……”,以它们“当时公开拍卖的平均地价确定;……”

如此计算,国发房开公司因少缴纳土地出让金,给国家造成了465.91万元的损失。

2005年4月7日,×县人民检察院指控林某在审核国发花园项目土地改变使用功能及土地转让的手续过程中,由于工作严重不负责任,不正确履行自己的职责,给国家财产造成重大损失,构成玩忽职守罪,应追究其刑事责任。立案前,检察院已追回300万元的损失。至起诉时,损失被全部追回。

同年,浙江思源昆仑律师事务所律师吕俊、苑亮接受了林某的委托,担任林某的辩护律师。经过认真研究,两位律师整理出了成熟的辩护思路,决定为林某作无罪辩护。

争议焦点

本案的争议焦点就在于林某玩忽职守罪是否成立。

本案公诉机关认为林某明知国务院国发(2001)15号文件有关收取土地出让金的规定,仍按照县国土局1999年《关于调整土地使用权转让收取出让金及业务管理标准的通知》规定以及“根本不能作为依据”的地价评估单决定国发花园应缴纳的土地出让金,致使国家财产大量流失,犯罪事实清楚、证据确凿,构成玩忽职守罪。但被告人的两位辩护人针对检察机关的指控依据认为林某不构成玩忽职守罪。理由如下:

1.从主体上说,林某没有征收土地出让金的职责,不能成为玩忽职守罪的犯罪主体

《关于建立×县地产交易中心的批复》中规定:“×县地产交易中心……主要职责是……协助有关部门做好……土地出让金等税费的征收工作。”可见其并无本案所涉及的改变土地使用功能事项的审批和土地出让金收取的职责。

此外,涉案的国有土地使用权出让合同上的印章为国土资源局而非地产交易中心;合同内容也表明用地单位应向甲方也就是×县国土资源局而非地产交易中心缴纳土地出让金。

从以上两个方面可见林某所在的地产交易中心不具有收取土地出让金的职责。由此可推知,林某也没有该职责,在本案中不可能成为玩忽职守罪的主体。

2.检察机关提到的国发[2001]15号文件本身存在多个方面的问题,不

能作为依据

首先,2004 年 4 月 17 日有国土资源局盖章证明"为普发行文件,传阅对象为局领导及各科室"。其中并不包括地产交易中心,也不包括林某。

其次,国发[2001]15 号文件并非行政法规或者其他必须遵守的强制性规定,违反该文件不能认为构成玩忽职守罪。

国发[2001]15 号文件不属行政法规,只是一份政策性文件。

(1)根据《中华人民共和国立法法》第 61 条规定:行政法规必须以国务院总理签署国务院令公布。而 15 号文件没有总理签署命令。

(2)《立法法》第 62 条规定:签署公布后必须及时在国务院公报和在全国范围内发行的报纸上刊登。而 15 号文件没有此形式。

(3)该文件的内容均是一些原则性的要求。该文件结尾要求"国务院各有关部门和各省、自治区、直辖市人民政府要认真贯彻落实本通知精神,制定具体的实施办法,逐步建立和完善各项土地管理制度"。由此看来,如果没有制定相配套的行政法规、规章制度或具体实施办法,根本没有办法执行。这样,该文件的内容不具备直接执行性和实际操作性。在这种情况下,林某依照国土局 1999 年的规定作出决定是完全合情合理的。

(4)国发[2001]15 号文件现已不再适用当前有关土地政策的要求,实际上已经失效。

温州市国土资源局对该案提出的处理意见包括"建议×县政府及时废止和纠正违反有关土地法律、法规、规章、政策而制定的文件、纪要等。同时,建议抓紧制定与国发[2005]28 号文件相配套的具体实施办法"。这充分说明:未及时废止和纠正县政府的文件、纪要是本案发生的一个原因;国发文件的执行需要县级人民政府制定配套的实施办法;国发[2001]15 号文件已经时过境迁,否则处理意见在要求制定相配套的具体实施办法时应将该文件包括在内。

3. 林某以×县土地资产评估咨询有限公司出具的《估价报告》作为依据,属正确履行职责

检察机关抓住评估单上"以上测算结果仅供参考,不作任何依据"的语句不放,认为林某将此评估单作为计算土地出让金的依据之一就属办事不规范,属玩忽职守。但事实上,检察机关作为指控依据的世博评估代理有限公司的土地估价报告第 15 页同样也注明:"本地估价旨在……为委托方掌握该地块的土地资产值提供咨询服务,当用于其他目的,则本报告的估价结果无效。"这番话与检察机关所凭恃的"仅供参考,不作任何依据"言辞有异

曲同工之妙。即便世博公司有话在前，检察机关仍依据世博公司出具的土地估价报告提起公诉，那么同样的情况到了林某身上怎么就变成玩忽职守了呢？

检察机关如此指控林某犯玩忽职守罪显然不能成立！

审理判决

本案的诉讼可谓柳暗花明。2005 年 8 月 16 日，浙江省×县人民法院做出一审判决认为林某玩忽职守罪成立，但由于案发后损失已全部追回，可酌情从轻处罚。鉴于林某犯罪情节轻微，可免予刑事处罚。林某不服，提出上诉。二审温州市中级人民法院判决发回重审。2006 年 4 月 7 日，×县人民检察院做出撤销案件决定书，认为林某对损失结果虽负有一定的责任，但是鉴于县国土局对改变土地用途时土地出让金如何收取尚未明确规定，这也是导致损失的原因之一。因此，尚不能认定林某构成玩忽职守罪。根据《刑事诉讼法》第一百三十五条规定，决定撤销案件。

2006 年 9 月 21 日，林某以没有犯罪事实而被错捕错判为由，向×县人民法院提出共同赔偿申请，要求×县人民法院与×县人民检察院共同赔偿相应损失并消除影响、恢复名誉、赔礼道歉。2006 年 11 月 24 日，×县人民检察院与×县人民法院做出共同赔偿决定书，赔偿林某合计 2272.3 元，并给予消除影响、赔礼道歉。

经典评析

所谓玩忽职守罪，是指国家机关工作人员严重不负责任，不履行或不正确地履行自己的工作职责，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

作为渎职犯罪，玩忽职守罪与非罪的界限就在于职权是否被滥用。这里就涉及如何理解“职权”以及如何理解“滥用”的问题。

1. 如何理解“职权”

职权（职守），是指行为人享有的一般职务权限或者承担的相应职责。这里取的是职权的实质要件。

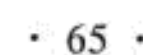
判断是否构成玩忽职守罪的前提就是该被告人是否具有“职守”。而反观本案，根据相关的地方政府规章，收取土地出让金是国土资源局的职责。而林某所在的土地交易中心仅仅是个事业单位，仅完成协助收取土地出让金的工作。因此，说林某在收取土地出让金的手续中犯玩忽职守罪，其构罪的“职权”首先就不存在。

2. 如何理解“滥用”

所谓职权的滥用，是指违背法律授权的宗旨行使职权，超越职权范围或者违反职权行使程序，以不正当目的或不法方法实施职务行为。包括主观上具有玩弄职权、随心所欲的心态，客观上实施了超越、违反职权的行为。

反观本案，检察机关判断林某玩忽职守的依据就是国发(2001)第15号文件，认为林某违反了职权行使的程序。但国发(2001)15号文件根本不具有直接执行性。在没有具体执行规范出台之前，林某只能根据县国土局1999年的规定计算应收取的土地出让金，根本无可厚非。这样来说，林某主观上不是出于对工作的不负责任而适用国土局1999年的规定，客观上也是因为没有其他的具体执行规范而适用1999年的规定，因此，林某根本不符合玩忽职守罪的构罪情形。

因此，林某案件的情形只是一般的工作失误。工作失误是行为人由于政策不明确、业务能力和水平低等原因，造成失误，导致公共财产、国家和人民利益损失的行为。这同玩忽职守有本质区别，故对此不能认定为玩忽职守罪。





行政篇





对举报的处理和答复行为不属于行政诉讼受案范围

——评郑某诉某地方税务局行政不作为案

毕一平 林德平*

案情简介

(一)当事人

原告:郑某

被告:某地方税务局

第三人:某保险公司浙江分公司

(二)起诉与答辩

原告诉称:1999 年 11 月 12 日,原告向第三人购买了一份家庭财产保险(住房抵押贷款保险),该保险由工商银行保存,第三人通过工商银行把一份收费收据给原告,没有提供发票。2006 年 3 月 21 日,原告提前归还住房抵押贷款,银行将保单归还原告,原告去第三人处退保,第三人称原告的保单在电脑系统内查不到。第三人内部工作人员请示领导,答复如下:原告这类保单不需要办任何退保手续,只要把原告的保单收据原件归还给第三人,原告提供银行账号,过几天就把钱汇给原告。为此,原告怀疑这类保单第三人可能没有入账是小金库有偷税的嫌疑。为了国家的税收不受损失,原告向被告进行举报,要求查处第三人同原告之类的保单没有入账究竟有多少,是否已经依法纳税。被告受理之后进行几个月的稽查,但是在稽查期间第三人多次打电话给原告,并且承认这类保单有问题,并且愿意上门赔偿道歉,问原告有什么要求,原告不予理睬。2006 年 12 月 4 日,被告出具一份告知书,并没有对原告的举报情况进行依法稽查和把结果告知原告,第三人

---

* 毕一平:男,专职律师。
林德平:男,专职律师。

PDG

从此再也不打电话给原告谈退保之事。综上所述,原告认为被告的这种行为是一种行政不作为,为了国家税收不流失和打击偷税的违法行为,原告作为一个公民有义务请求法院依法判决被告履行税务稽查的法定职责,查处原告这类的保单是否入账并依法纳税,为此,根据《税收管理法》和《中华人民共和国行政诉讼法》有关规定,特提起行政诉讼,请求法院判令:1.由被告针对原告举报的内容履行给予答复的法定职责;2.本案诉讼费由被告承担。

被告答辩:2006 年 5 月 15 日,原告向我局写信举报第三人开展个人家庭财产保险业务取得保费收入没有入账,存在偷税嫌疑。经我局举报中心登记后,由第三人的税务主管机关浙江省地方税务局直属一分局(以下简称一分局)进行查处。由一分局于 2005 年 11 月 21 日起对第三人进行税务稽查,即就原告的举报事项,对第三人在 1999 年 12 月至 2001 年 12 月间开展个人抵押贷款保险业务的涉税问题一并进行了税务稽查。经查实,举报信中所讲的该类保费收入已经入账,但未按保费金额纳税,存在坐扣银行手续费,按差额申报缴纳相关税费的违法情况,并于 2006 年 11 月 21 日对第三人下达了税务处理决定书(浙地税直稽处字〔2006〕第 35 号)和税务行政处罚决定书(浙地税直罚字〔2006〕第 35 号),追缴营业税及附加 35577.93 元、印花税 641.04 元,并加收滞纳金32049.84元,处以罚款 19071.04 元。查结后,一分局于 2006 年 12 月 5 日依法将稽查结果告知原告,并向其出具了《税务违法案件检查情况书面告知书》。综上所述,我局认为,一分局已经依法对原告举报第三人的涉税问题进行了税务检查并依法进行了告知,不存在行政不作为的情况。因此,请求法院查明事实,驳回原告的诉讼请求。

争议焦点

1.原告是否具有行政诉讼主体资格;

2.被告是否存在行政不作为。

审理判决

本案原告认为第三人存在偷逃税款的违法行为,向被告进行举报。被告接到举报后,由第三人税务主管机关浙江省地方税务局直属一分局依法对第三人的税务违法行为进行查处,并向原告出具了《税务违法案件检查情况书面告知书》,将处理结果书面告知本案原告。

《税务违法案件检查情况书面告知书》主要内容如下:

检举人——郑某

检举事项——1999 年 11 月向某保险公司浙江分公司购买了房屋贷款

保险,2003 年 3 月要求退保时发现该保单资料没有在该单位电脑系统里,类似这样的保单很多,这类保费收入存在没有入账,偷逃税款的可能。

检查结果——经查,该单位存在以坐扣保费形式直接支付代理公司手续费 641043.80 元,未按规定并计保费收入申报缴纳有关税款的违法问题,已追缴营业税及附加 35577.93 元、印花税 641.04 元,加收滞纳金 32049.84 元,并处以罚款 19071.04 元。

原告在收到该告知书后,仍于 2007 年 4 月 25 日向杭州市西湖区人民法院提起行政诉讼,诉请被告对其举报的内容履行给予答复及履行税务稽查和进行查处的法定职责。

被告在接到应诉通知书后,委托笔者作为其代理人参加本案诉讼活动。针对原告提出的主张,在查明案件相关事实的基础上,笔者提出如下代理意见:

一、原告于 2006 年 5 月 12 日写给被告的《情况反映》在性质上属于"举报",原告并未向被告提出实施一定具体行政行为的合法申请。

原告邮寄《情况反映》的主观意愿是"我认为该公司涉嫌偷税的嫌疑,特向贵局反映",其实质要求是"建议贵局立案依法进行调查,核实究竟相关我这样没有进入电脑系统的保单有多少,是否依法申报纳税",因此,《情况反映》从内容和形式来看是一种"情况反映",属于"举报",其行为的实质是检举报告第三人违反税收法律法规的行为。原告起诉状中的诉讼请求是"请求法院判令被告针对原告举报的履行给予答复的法定职责",但原告起诉状中的事实和理由部分认为"原告作为一个公民有义务请求法院依法判决被告履行税务稽查的法定职责,查处原告这类的保单是否入账和依法纳税",其要求"给予答复"和"查处",缺乏法律依据。

对于"举报"的处理,法律法规和规章有着明文规定。国家税务总局颁布的《税务违法案件举报管理办法》第 11 条规定:税务违法案件的举报材料,由举报中心统一管理。税务机关的领导和有关机构接到的举报材料,应当及时批交或者移送举报中心。第 21 条规定:举报中心可以代表本级税务机关或者以自己的名义,向下级税务机关或者同级有关机关交办、转办举报事项。

二、事实上,被告已依法处理了原告的举报事项并将处理结果告知原告,不存在行政不作为。

行政不作为是指行政主体根据行政相对人的申请,负有作出相应行政行为的法定义务,但在法定或合理期限内未按法定程序履行或完全履行的

消极行为。

《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第三十九条规定，“公民、法人或者其他组织申请行政主体履行法定职责，行政主体在接到申请之日起 60 日内不履行的，公民、法人和其他组织向人民法院提起诉讼，人民法院应当依法受理。法律、法规、规章和规范性文件对行政主体履行职责的期限另有规定的，从其规定。公民、法人或者其他组织在紧急情况下请求行政主体履行保护其人身权、财产权的法定职责，行政主体不履行的，起诉期间不受前款规定的限制。”从《行政诉讼法》、《行政复议法》及相关司法解释的规定来看，行政不作为包括三个构成要件：(一)行政相对人向行政主体提出了实施一定行为的合法申请；(二)行政主体对行政相对人的申请事项具有法定职责和管理权限；(三)行政主体未在一定期限内按照法定程序实施一定的行为。结合《行政复议法》、《行政复议条例》的规定，行政不作为须具备“申请”这一前提条件，行政主体只在对依申请的行政行为不依法履行时，才构成行政不作为；行政主体对怠于行使依职权的行政行为的，属于渎职，并不构成行政不作为。只有行政机关接到申请后不处理、不答复、拖延处理或拒绝处理，才会构成不履行法定职责。

浙江省地方税务局直属一分局收到税务违法案件举报中心转来的举报信后，经研究决定由该局进行了检查核实举报事项。经稽查后发现，第三人在 1999 年 12 月至 2001 年 12 月期间开展的个人抵押保险业务相关收入均已入账，但入账金额为取得的保费收入减去支付给代理公司手续费的净额，即以坐扣保费形式直接支付代理公司手续费，未按规定并计保费收入申报缴纳营业税、城建税、教育费附加、印花税，浙江省地方税务局直属一分局遂于 2006 年 11 月 21 日对该公司进行了处理，并下达了《税务处理决定书》和《税务行政处罚决定书》，追缴税费及滞纳金，并处以罚款。此后，被告又将《税务违法案件检查情况书面告知书》送达举报人即本案原告。

因此，被告在接到原告举报后，已经依法对第三人的税务违法行为进行了处理并将处理结果告知了原告，不存在行政不作为。原告以被告未履行法定职责为由起诉被告，其诉讼请求缺乏事实和法律依据，应当予以驳回。

本案经开庭审理，原告最终申请撤回起诉，杭州市西湖区人民法院依法作出〔2007〕杭西行初字第 43 号行政裁定书，准许原告撤诉。

经典评析

公民或者法人对偷漏税违法行为向税务机关举报，应当予以提倡和鼓

PDG

励。但对于税务机关对举报事项的处理以及向举报人作出答复的具体行政行为,是否属于行政诉讼的受案范围,是司法实践中的争议焦点。笔者认为,行政机关对举报事项的处理以及向举报人作出的答复,不属于行政诉讼受案范围。

《行政诉讼法》第2条、第11条、第12条对行政诉讼受案范围作出了详细规定。能够提起行政诉讼的原告必须是与具体行政行为存在利害关系的当事人。检举他人违法行为的举报行为,其实质是请求行政机关对被举报的违法行为人进行行政处罚,而通常不涉及举报人与被举报人之间的权益争议。北京市高级人民法院制定的《北京市高级人民法院关于行政审判适用法律问题的解答》值得参考。该解答认为:信访是人民行使民主权利,依法参与管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务的一种途径,是人民政府联系群众,改进工作的重要方式。行政机关办理信访答复行为,不属于行政诉讼受案范围。

因此,举报人和行政机关对举报事项的处理及向举报人的答复的具体行政行为之间不存在利害关系,相关具体行政行为不具有可诉性。举报人不符合《行政诉讼法》对原告主体资格的要求,不能就行政机关对举报事项的处理和答复行为提起行政诉讼。

在本案审结后,最高人民法院在其出版发行的刊物中也印证了笔者的观点。

《人民司法》杂志应用版2007年第17期"司法信箱"栏目,针对"当事人不服信访行政管理部门作出的行政处理意见或不再受理决定提起的行政诉讼,法院是否受理"的提问答复如下:信访工作机构是各级人民政府或政府工作部门授权负责信访工作的专门机构,其依据信访条例作出的登记、受理、交办、转送、承办、协调处理、督促检查、指导信访事项等行为,对信访人不具有强制力,对信访人的实体权利义务不产生实质影响。信访人对信访工作机构依据信访条例处理信访事项的行为或者不履行信访条例规定的职责不服提起行政诉讼的,人民法院不予受理。对信访事项有权处理的行政机关依据信访条例作出的处理意见、复查意见、复核意见和不再受理决定,信访人不服提起行政诉讼的,人民法院不予受理。

另外,《最高人民法院公报》2007年第10期刊登了一则案例——杨一民诉成都市政府其他行政纠纷案,该案例的裁判要旨为:行政机关驳回当事人申诉的信访答复,属于行政机关针对当事人不服行政行为的申诉作出的重复处理行为,并未对当事人的权利义务产生新的法律效果,不是《行政复

议法》规定的可以申请复议的行政行为。当事人不服行政机关作出的上述信访答复,申请行政复议,接受申请的行政复议机关作出不予受理决定,当事人不服该决定,诉请人民法院判决撤销该不予受理决定的,人民法院不予支持。

对于以信访方式进行举报的行为,举报人与具体行政行为不存在直接的利害关系,行政机关对举报事项的处理以及向举报人作出的答复,不属于可诉具体行政行为,更何况本案被告已依法对举报事项进行了查处并已将处理结果告知原告。原告再以行政不作为为由起诉,实有滥诉之嫌。

PDG

企业名称核准之争

——试析杭州某化工研究所诉某工商行政管理局名称核准纠纷案

吴族春　徐雨雯*

案情简介

原告:杭州某化工研究所

被告:某工商行政管理局

第三人:杭州某化工有限公司

1999年10月18日原告经被告审核后,依法成立。2003年11月14日第三人经被告审核后成立。2004年5月6日原告负责人肖某向被告提出异议,要求撤销"杭州某化工有限公司"名称,2004年11月3日被告向肖某作出《关于撤销"杭州某化工有限公司"名称的申请书的答复》,对"杭州某化工有限公司"名称不予撤销。2005年6月7日原告向浙江省工商行政管理局申请复议,2005年8月29日浙江省工商行政管理局作出浙工商复字(2005)8号复议决定书,以本案被告以《授权确认书》为由对"杭州某化工有限公司"企业名称争议作出处理决定,属适用依据错误,撤销杭州市工商行政管理局于2004年11月3日作出《关于撤销"杭州某化工有限公司"名称的申请书的答复》,责令重新作出处理。

2005年9月6日原告依法向被告提出申请,认为第三人的企业名称与原告名称相同或近似,要求撤销"杭州某化工有限公司"名称,责令杭州某化工有限公司停止使用"杭州某化工"名称。被告于2005年12月7日向原告的负责人肖某作出某工商注(2005)187号《关于不予撤销"杭州某化工有限公司"名称的决定》。原告对此决定不服,于2006年2月10日向浙江省工

* 吴族春:男,厦门大学法学本科,专职律师。
徐雨雯:女,西南政法大学民商法硕士,专职律师。

商行政管理局提出复议申请，浙江省工商行政管理局于 2006 年 4 月 10 日作出浙工商复(2006)7 号复议决定书，维持了对被告的决定。原告遂于 2006 年 4 月 27 日向法院提起诉讼，请求依法撤销某工商注(2005)187 号《关于不予撤销"杭州某化工有限公司"名称的决定》。2006 年 10 月 24 日杭州市江干区人民法院作出(2006)江行初字第 26 号行政判决书，以"杭州某化工研究所"与"杭州某化工有限公司"属不同行业，并未构成名称相同或近似。因此作出予以维持的判决。原告不服，依法提出上诉。杭州市中级人民法院依法组成合议庭后于 2007 年 1 月 22 日公开开庭审理了本案。2007 年 4 月 30 日本案因法律适用问题须请示上级人民法院而裁定中止诉讼，同年 8 月 13 日恢复诉讼。2007 年 8 月 20 日杭州市中级人民法院作出(2006)杭行终字第 240 号行政判决书，以被上诉人杭州市工商行政管理局认定"杭州某化工有限公司"和"杭州某化工研究所"两个企业属不同行业依据不足。原判认定事实清楚，审判程序合法，但适用法律错误，上诉人上诉理由成立。判决：一、撤销江干区人民法院(2006)江行初字第 26 号行政判决书；二、撤销杭州市工商行政管理局于 2005 年 12 月 7 日作出的杭工商注(2005)187 号《关于不予撤销"杭州某化工有限公司"名称的决定》，责令杭州市工商行政管理局于本判决生效之日起六十日内重新作出具体行政行为。

争议焦点

1.被告就原告提出的申请，仅向原告的负责人肖某作出某工商注(2005)187 号《关于不予撤销"杭州某化工有限公司"名称的决定》，而没有向原告作出任何答复，该决定对原告是否有约束力？被告是否程序违法？

2.原告与第三人是否属同行业？原告的名称与第三人的名称是否相同或近似？

3.第三人的名称是否符合《企业名称登记管理实施办法》第十八条的规定？

审理判决

一审法院判决维持杭工商注(2005)187 号《关于不予撤销"杭州某化工有限公司"名称的决定》。

二审法院撤销一审判决和杭工商注(2005)187 号《关于不予撤销"杭州某化工有限公司"名称的决定》。并责令杭州市工商行政管理局于本判决生效之日起六十日内重新作出具体行政行为。

作者评析

本案是一起关于企业名称核准、管理引起的行政争议。依据《企业名称登记管理规定》第四条规定:企业名称的登记主管机关是国家工商行政管理局和地方各级工商行政管理局。登记主管机关核准或者驳回企业名称申请,监督管理企业名称的使用,保护企业名称的专用权。因此,本案被告作为辖区的工商行政管理局,对辖区内的企业的名称依法进行核准、管理是其法定的职责。

对本案的第一个焦点问题,被告认为在决定书中将负责人肖某作为申请人,对原告的权利没有实际影响;一审判决对此没有提及;我们认为肖某个人与原告在法律上是两个完全不同的主体,被告的决定仅对于肖某作出,对原告不具有法律上的约束力。此行为在法律上造成的结果是,原告自2005年9月6日就名称的争议提出申请后,被告就此争议申请,至今没有作出任何的处理,该行为违背了《企业名称登记管理实施办法》第四十七条,被告应当在6个月内作出处理的规定。法律行为上主体的错误,是严重的程序错误,在本案中直接导致相对人的错误,造成被告至今没有对原告的申请作出任何处理。一审法院对此没有进行审理,违背了行政诉讼全面审理的原则。

在实体方面,我们认为,本案被告对第三人名称的核准是否错误,应当依据《企业名称登记管理实施办法》第31条的规定,第三人的名称是否属于该条第(一)(二)项所规定的情形。该办法以同行业为基础,进行了区分限制。首先,针对同行业的企业名称,设定第一种不予以核准的情形,即第31条第(一)项的规定;其次,针对不同行业的企业名称,按该规定,不同的行业有两种情形:一、若是使用了国民经济行业用语的名称,由于使用了专用的术语,使公众一目了然,不易造成混淆,是可以核准的,对此没有进行限制;二、若没有使用国民经济行业用语的呢?由于行业不明,公众没有区别的依据,在市场中极易造成混淆,对此该办法第18条、第31条第(二)项进行限制。通过上述规定,可以说在理论上把有可能造成同名混淆的情形都进行了规定。因此,从立法技术的角度看,对不予以核准情形的规定是相当严密的,它限制所有的可能造成企业名称相同或近似的情形。

关于第二个焦点问题,被告认为原告与第三人虽属同一工商行政管理机关核准,字号相同,但由于行业不同,因此不属《企业名称登记管理实施办法》第31条第(一)项所指的情形,两家企业名称不属相同或近似,其核准行

为并无不妥；一审判决也认为原告与第三人不属同行业，不构成相同或近似的企业名称。其理由是根据《国民经济行业分类》(GB/T4754—2002，国家标准)，原告属国民经济行业第75、77类，分别是“研究与试验发展”和“科技交流与推广服务业”。而第三人则属国民经济行业第63、65类，分别是“批发业”和“零售业”。

我们认为在企业名称管理的范畴内，本案的原告与第三人是属同行业且其名称已构成相同或近似。其理由是：根据《国民经济行业分类》GB/T4754—1994以及2002版，没有“化工”这一行业，因此原告与第三人的名称中没有使用行业类别用语表示其所从事的行业。而“化工”在这两个企业名称中表述的均是经营特点。在原告的名称中“化工”指的是原告研究经营的是化工类产品，而第三人名称中的“化工”也表明第三人经营的方向是化工类的产品。也就是说，这两个企业的经营特点是相同的，那么经营特点相同是否属同行业？依据国家工商行政管理总局对南京市白下区人民法院的答复即“工商企字(2001)第27号的国家工商行政管理总局关于企业名称登记管理规定有关问题的答复”第一条的规定，《企业名称登记管理规定》第六条中“不得与已登记注册的同行业企业名称相同或者近似”所述“同行业”，是指《企业名称登记管理规定》第七条“企业名称应当由以下部分依法组成：字号(或者商号，下同)、行业或者经营特点、组织形式”规定中“行业或者经营特点”，即企业名称中表述“行业或者经营特点”的文字内容。这表明企业名称中所表述的行业与企业实际所属的行业是有区别的。工商行政管理部门在企业名称管理中，行业相同或经营特点相同就属“同行业”的范畴。在此，对企业名称中的第二部分对行业的解释是扩大的解释，目的很显然是防止具有相同或相似经营特点的企业出现名称混淆的情形。说明工商行政管理部门在名称管理中已充分考虑企业的经营特点，以避免他人对市场主体及其商品或者服务的来源产生混淆(包括混淆的可能性)和造成公众的误认，从而构成不正当竞争。据此，我们认为，在企业名称管理领域，原告与第三人当属“同行业”无疑。

关于“工商企字(2001)第27号的国家工商行政管理总局关于企业名称登记管理规定有关问题的答复”的效力，我们认为依据《企业名称登记管理规定》第33条的授权规定，即：“本规定由国家工商行政管理总局负责解释”。国家工商行政管理总局的解释是有权解释，该解释同样适用依据《企业名称登记管理规定》制定的《企业名称登记管理实施办法》。因此，该实施办法第31条第(一)项中的“同行业”也应当包括“行业或经营特点相同”。

原告名称中,“杭州”是行政区划;“某”是字号;“化工”是“研究所”的限定语,是经营特点的反映,表明研究所的经营范围;“研究所”是指组织形式。而第三人的名称中,“杭州”是行政区划;“某”是字号;“化工”是“有限公司”的限定语,也是经营特点的反映,表示的是公司的经营范围;“有限公司”是组织形式。根据《企业名称登记管理实施办法》第九条的规定:企业名称应当由行政区划、字号、行业、组织形式依次组成。上述两企业的名称除组织形式不一样外,其他部分均相同,极易在业内和公众中造成混淆,产生对两企业错误的认知,因此该名称已构成相同或近似。

关于第三个焦点问题,我们认为,第三人的企业名称属于《企业名称登记管理实施办法》第 31 条第(二)项的规定,属不予以核准的情形。其理由如下:

从第三人的名称构成分析,按国民经济行业划分标准“化工”不是行业类别,当然也就不是国民经济行业类别用语。也就是说,第三人的名称属不使用国民经济行业类别用语的企业名称,依据《企业名称登记管理实施办法》第十八条的规定,应当符合:

(一)企业经济活动性质分别属于国民经济行业 5 个以上大类;

(二)企业注册资本(注册资金)1 亿元以上或者是企业集团的母公司;

(三)与同一工商行政管理机关核准或者登记注册的企业名称中字号不相同。

第三人申请名称核准时或现在经营的现状,其没有一个条件符合以上规定。因此,不管是要求同时具备上述三个条件,还是要符合其中的一项,第三人均不符合以上规定。尤其是第(三)项,上诉人与第三人同属被上诉人核准的企业,两者的字号均为“某”,上诉人在 1999 年 10 月份就经被上诉人核准成立,且双方没有投资关系,依据《企业名称登记管理实施办法》第三十一条第(二)项的规定,属不予核准的情形。因此,被告不应当核准第三人的名称。

综上,我们认为依据《企业名称登记管理规定》第 6 条:“企业只准使用一个名称,在登记主管机关辖区内不得与已登记注册的同行业企业名称相同或近似;”《企业名称登记管理实施办法》第 31 条:“企业名称有下列情形之一的,不予核准:(一)与同一工商行政管理机关核准或者登记注册的同行业企业名称字号相同的,有投资关系除外;(二)与同一工商行政管理机关核准或者登记注册符合本办法第十八条的企业名称字号相同,有投资关系的除外;”被告的核准行为违背上述的规定,一审法院的判决对本案中的两企

业是否属“同行业”认定错误，对两企业的名称是否适合《企业名称登记管理实施办法》第31条第(二)项的规定没有进行审查；经二审法院的审理，综合《企业名称登记管理实施办法》第31条第(一)项、第(二)项规定的适用，纠正了一审的不当，作出了公正的、具有典范性意义的判决。

PDG

政府投资项目审批不属于行政许可行为

——许某某等282人诉Z省发展和改革委员会项目审批行政争议案综述

卢方舟　朱　宁*

案情简介

上诉人(原审原告):许某某等282人

被上诉人(原审被告):Z有发展和改革委员会(以下简称"省发改委")

被上诉人(原审第三人):C县人民政府

为解决C县中对口等村的生活垃圾污染以及电力供应问题,2003年6月19日,C县人民政府与温州市某环保工程有限公司(以下简称"环保公司")签订一份《垃圾处置合同书》,合作建设C县400吨/日垃圾发电项目(以下简称"项目"),约定由C县政府承担土地征用、保证垃圾供应、垃圾处置费及上网电费、政府补贴等责任;由环保公司承担项目的具体筹措、项目报批、建设资金的投入和正常运行的费用等责任。

2003年7月15日,C县规划建设局出具了《建设项目建议书规划选址意见》,确定该建设项目规划选址在灵宜公路以南,七字山以北,云岩乡中对口村,规划用地面积为33333.33平方米(合50亩)。

2003年7月24日,C县环境保护局向温州市发展计划委员会报送了苍环保(2003)44号《关于C县垃圾发电厂项目初步选址的初步意见的报告》:经对项目初步选址地的现场勘察,并依据C县城乡建设总体规划和环境保护规划,初步同意该项目的初步选址意见,具体意见待项目的环境影响报告书编制完成后组织评审决定。

2003年7月,环保公司联合城市建设研究院编制了《项目建议书》,对该项目的建设必要性、选址和建设条件、建设方案、环境保护、项目资金和经

* 卢方舟:女,专职律师。
朱　宁:女,专职律师。

济效益评价等作了较详细的阐述，并于8月11日由温州市计委向浙江省发展计划委员会递送了《关于要求审批400吨/日C县垃圾发电厂项目建议书的请示》。

2003年11月12日，Z省环境保护局环境工程技术评估中心对环保公司委托温州市环境保护设计科学研究院编制的《400吨/日C县垃圾发电厂项目环境影响评估大纲》出具了浙环评〔2003〕144号《关于400吨/日C县垃圾发电厂项目环境影响评估大纲的评估意见》，确认该评估大纲可以作为环评工作的依据，并对环评报告编制过程中应注意的内容进行了提示。

2003年12月21日，C县国土资源局向省国土厅报送了《关于400吨/日C县垃圾发电厂项目用地的初审意见》，认为该项目用地符合土地利用整体规划和国家有关供地政策。

2004年3月18日，Z省环境保护局向环保公司出具了浙环建〔2004〕36号《关于400吨/日C县垃圾发电厂环境影响报告书审查意见的函》，认为环境影响报告书已对三个备选厂址进行比选，认为中对口村相对合理，但由于厂址位置较为敏感且公众调查中居民反映强烈，厂址仍须在可行性研究中多方案比较，充分听取各方面合理的意见，择优确定。

2004年4月26日，省发改委邀请Z省建设厅、国土资源厅、环保局、电力公司及温州市和C县政府相关部门领导、中国城市环境卫生协会专家委员会专家等，召开了《温州市C县垃圾焚烧发电厂项目可行性研究报告》（以下简称"可研报告"）评审会。经过认真讨论，与会专家一致同意通过该可研报告，并提出了几点建议，要求修改完善后报批。

根据专家评审会的意见，城市建设研究院在原可研报告的基础上进行了修改完善，并于2004年5月编制了《温州市C县垃圾发电厂可行性研究报告（修正稿）》报批。

在省发改委对可研报告审批过程中，中对口村、上对口村和山前村的部分村民提出反对在三村中间建造垃圾发电厂项目，并于2004年5月27日向省发改委递交《强烈要求不得强制在我们三村之范围内创办"垃圾焚烧发电厂"的请求报告》。省发改委对此问题也非常重视，责令C县人民政府进行处理。C县人民政府于2004年6月15日致函省发改委，对项目选址信访处理情况进行了说明。

与此同时，该项目也相继于2003年底至2004年初获得了Z省发展计划委员会、电力、水利等部门的批准意见。

2004年7月21日，省发改委向温州市计委出具浙发改投资[2004]553

号《关于温州市C县垃圾发电厂项目可行性研究报告的批复》,原则同意温州市C县垃圾发电厂项目可行性研究报告。

中对口村、上对口村和山前村的许某某等282名村民不满省发改委对可研报告的批复,于2005年3月16日向杭州市西湖区人民法院提起诉讼,请求法院撤销省发改委浙发改投资[2004]553号《关于温州市C县垃圾发电厂项目可行性研究报告的批复》。

争议焦点

一、省发改委未按《行政许可法》第47条规定向利害关系人告知其要求听证的权利,是否构成程序违法?

原告认为,根据《行政许可法》第47条规定:"行政许可直接涉及申请人与他人之间重大利益的,行政机关在作出行政许可决定前,应当告知申请人、利害关系人享有要求听证的权利;申请人、利害关系人在被告知听证权利之日起五日内提出听证申请的,行政机关应当在二十日内组织听证。"在中对口村建该项目与原告之间有重大的利害关系,但被告却没有告知其享有要求听证的权利,程序严重违法,应当予以撤销。

被告认为,根据国务院分别于2004年6月29日和8月2日颁布的《国务院对确需保留的行政审批项目设定许可的决定》、《关于保留部分非行政许可审批项目的通知》规定,政府出资的投资项目审批属于国务院保留的非行政许可审批项目。而本项目是C县一项重大的公用事业基础设施项目,关系到全社会的公共利益,是政府投资项目,具体参照了BOT运作模式。因此,被告作出的具体行政行为不属于行政许可,不适用《行政许可法》的规定。

二、被告是否在没有土地审批手续的情况下,即对项目给予了立项批复?该具体行政行为是否违反了《土地管理法》、《土地管理法实施条例》的相关规定?

原告认为,根据《土地管理法》第44条和《土地管理法实施条例》第22条的规定,建设项目需要涉及农用地转建设用地的,须办理农用地转用审批手续;在项目可研报告报批时,须附土地行政主管部门出具的建设项目用地预审报告。而被告在没有土地审批手续的情况下,擅自给予项目立项的做法是违反上述规定的。

被告认为,根据《土地管理法实施条例》第22条的规定,明确在项目可

研报告报批时，需要提供的是建设项目用地预审报告。且根据《建设项目用地预审管理办法》第五条的规定，预审工作由建设项目所在地的市、县人民政府土地行政主管部门负责，本项目用地预审工作应由C县国土资源局负责。而事实上，温州市计委在向被告提交温计投[2004]41号《关于要求审批400吨/日C县垃圾发电厂可行性研究报告的请示》时，同时报送了C县国土资源局于2003年12月31日出具的《关于400吨/日C县垃圾发电厂项目建设用地的初审意见》。因此，被告实施该具体行政行为是完全符合《土地管理法》、《土地管理法实施条例》和《建设项目用地预审管理办法》的具体规定的，不存在违法问题。

三、被告是否在该项目未明确确定项目选址的情况下，擅自决定在中对口村建厂立项？该具体行政行为是否违反了环境保护有关法律法规的规定？

原告认为，根据Z省环境保护局于2004年3月18日向温州市伟明环保工程有限公司出具的浙环建[2004]36号文件《关于400吨/日C县垃圾发电厂环境影响报告书审查意见的函》："……省环科院和温州环科院编制的《400吨/日C县垃圾发电厂环境影响报告书》也对C县规划局提出的三个备选厂址进行比选，认为中对口村相对合理，但由于厂址位置较为敏感且公众调查中居民反映强烈，厂址仍须在可研中多方案比较，充分听取各方面的意见，择优确定。"从中可以看出，厂址仍须比选后确定。但被告却擅自据此决定在中对口村建厂立项，违反了环境保护有关法律法规的规定。

被告认为，建设项目选址是政府规划部门的职权，该项目选址首先经过C县规划建设局的《选址意见》确定厂址为中对口村，并经C县环境保护局苍环保(2003)44号《关于C县垃圾发电厂项目初步选址的初步意见的报告》、Z省环保局浙环评[2003]144号《关于400吨/日C县垃圾发电厂项目环境影响评估大纲的评估意见》和Z省环保局浙环建[2004]36号《关于400吨/日C县垃圾发电厂环境影响书审查意见的函》，明确项目选址相对合理。据此，被告作出关于该项目可研报告的批复是合法的。

审理判决

西湖区人民法院经审理后认定，该项目属于政府投资项目，不属于《行政许可法》规定实施行政许可必须进行听证的事项；根据《土地管理法实施条例》规定，可研报告报批时，应提供建设项目用地预审报告，而温州市计委向被告申报时已提供了C县土地管理局项目用地预审报告；项目选址是规

划管理部门的职责，本案所涉选址已经C县规划局选址初审、省环保局对环境影响评估意见进行审查，并经有关行政机关、专家会审后进一步明确，故该选址是明确的。综上，被告作出浙发改投资[2004]553号《关于温州市C县垃圾发电厂项目可行性研究报告的批复》的具体行政行为事实清楚，适用法律法规正确，符合法定程序，予以维持。

原告对一审法院的判决结果不服，依法向杭州市中级人民法院提起上诉。

二审法院经审理后认为，上诉人的上诉理由不能成立，原判认定事实清楚、适用法律正确、审判程序合法，故判令驳回上诉，维持原判。

法律评析

一、省发改委未按《行政许可法》第47条的规定向利害关系人告知要求听证的权利，是否构成程序违法？

要确定省发改委的具体行政行为是否违反了《行政许可法》关于听证程序的规定，首先必须明确的一个前提是：该具体行政行为是否属于行政许可行为，是否适用《行政许可法》的规定？那么这就涉及两个分问题：首先，该项目是否属于政府投资项目；其次，政府投资项目到底是行政许可项目还是非行政许可审批项目。

1. 该项目是否属于政府投资项目？

所谓政府投资项目，是指各级人民政府以各种形式进行资金投入的固定资产投资项目。政府投资的形式多种多样，包括利用财政预算安排的建设资金、纳入财政预算管理的专项建设资金、政府融资及利用国债的资金、国际金融组织和外国政府贷款、赠款等进行投入，也包括以投资补助、转贷、贷款贴息等方式进行投入。

本案中，从C县人民政府和环保公司签订的《垃圾处置合同书》的约定可以看出，本次合作过程中C县人民政府应承担的责任主要有以下几项：负责项目用地的征地以及征地费用；协助环保公司办理项目所需有关政府部门的批准手续；负责向环保公司提供每天400吨的垃圾；负责本项目场外的水、电、路三通建设及费用；负责垃圾处置费和上网电费等。

根据城市建设研究院和环保公司联合编制的《项目建议书》1.3条，本项目“项目经济测算的暂定条件”为：1)政府无偿提供建设用地；2)政府承担项目用地填方平整的费用；3)政府承担项目用地外的道路、给排水、配输电

并网线路的费用;4)政府每日提供 400 吨生活垃圾,运送至主厂房内垃圾池;5)政府保证企业 25 年运营期(不包括建设期);6)政府补贴企业 73.8 元/吨的垃圾处理费;7)政府保证以 0.52 元/kwh 的电价收购企业 2620 万 kwh/年的发电量;8)政府全部减免企业 25 年运营期内的所得税。

同时,本项目采取了 BOT 运作方式,投资所形成的固定资产产权属于 C 县人民政府,环保公司仅仅取得了 25 年的经营权(不包括 2 年建设期),其所获得的收益即售电价格也是固定的,实际上该项目属于 C 县人民政府向环保公司融资,环保公司取得固定经营收入。

综上,C 县人民政府对本项目既有资金投入,也有以补助形式的投入和资源投入,而且,项目的产权属于 C 县人民政府。由此可以确定,该项目属于政府投资项目。

2.政府投资项目到底是行政许可项目还是非行政许可审批项目?

2004 年 6 月 29 日,国务院颁布了国务院令第 412 号《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》,在《行政许可法》实施前对行政审批项目进行了清理,规定对保留的 500 项行政审批项目设定行政许可,其中并未包括固定资产投资项目。且该决定备注栏中明确:“鉴于投资体系改革正在进行,涉及固定资产投资项目的行政许可仍按国务院现行规定办理”,即不按照行政许可办理。

2004 年 8 月 2 日,国务院颁布了国办发[2004]62 号《关于保留部分非行政许可审批项目的通知》,在该通知中进一步明确,政府出资的投资项目属于国务院保留的非行政许可审批项目。

上述决定和通知共同构成了一个整体,明确政府投资项目属于国务院保留的非行政许可项目。

由此可以得出,对政府投资项目审批的具体行政行为不属于行政许可行为。因此,省发改委在对该项目可研报告审批时不需要适用《行政许可法》。

二、省发改委是否在没有土地审批手续的情况下,即对项目给予了立项批复?该具体行政行为是否违反了《土地管理法》、《土地管理法实施条例》的相关规定?

《土地管理法实施条例》第 22 条规定:“具体建设项目需要占用土地利用总体规划确定的城市建设用地范围内的国有建设用地的,按照下列规定办理:(一)建设项目可行性研究论证时,由土地行政主管部门对建设项目用

地有关事项进行审查,提出建设项目用地预审报告;可行性研究报告报批时,必须附具土地行政主管部门出具的建设项目用地预审报告。"

《建设项目用地预审管理办法》第五条规定:"建设项目需要占用土地利用总体规划确定的城市建设范围内的国有建设用地,预审工作由建设项目所在地的市、县人民政府土地行政主管部门负责。"

结合上述法律法规对建设项目用地审批手续的规定可以得出,涉及建设项目占用土地利用总体规划确定的城市建设范围内的国有建设用地,应先由建设项目所在地土地行政主管部门进行审查,提出预审报告。持有该用地预审报告,方可进行建设项目的可行性研究报批、论证。

而在本案中,C县国土资源局已于2003年12月31日就该建设项目用地出具了《关于400吨/日C县垃圾发电厂项目建设用地的初审意见》,认为该项目用地符合云岩乡土地利用总体规划、符合国家有关用地供地政策。温州市计委在向省发改委提交[2004]41号《关于要求审批400吨/日C县垃圾发电厂可行性研究报告的请示》时,同时也报送了上述初审意见。

因此,省发改委实际上是严格按照《土地管理法》、《土地管理法实施条例》和《建设项目用地预审管理办法》的规定,在该项目用地取得相关预审报告之后作出可研批复的,原告的主张不成立。

三、省发改委是否在该项目未明确确定项目选址的情况下,擅自决定在中对口村建厂立项?该具体行政行为是否违反了环境保护有关法律法规的规定?

对于该争议焦点,可以分两个层次进行讨论。第一,该项目选址是否明确;第二,省发改委批复可研报告的依据是否充分。

首先,本案所涉的建设项目选址首先经过C县规划建设局的批准,并出具了《建设项目建议书规划选址意见》。C县环境保护局于2003年7月24日出具了《关于C县垃圾发电厂项目初步选址的初步意见的报告》,初步同意选址于中对口村,待《环境影响报告书》完成评审后决定。2004年3月18日,省环保局对《环境影响报告书》出具了审查意见,认为选址相对合理,建议可研时充分比选,但是未对此表示否定性意见。根据《Z省建设项目环境保护管理办法》第11条的规定:"环境保护行政主管部门根据拟建项目的内容、污染特征和本办法第五条至第七条规定,向建设单位提出意见;对拟建项目持否决意见的,应当书面告知。"也就是说,没有书面否决意见的,即视为肯定意见,该项目的选址是明确的。

其次，根据《环境保护法》第 13 条规定："建设项目的环境影响报告书，必须对建设项目产生的污染和对环境的影响作出评价，规定防治措施，经项目主管部门预审并依照规定的程序报环境保护行政主管部门批准。环境影响报告书经批准后，计划部门方可批准建设项目设计任务书。"根据《国家计委关于报批项目任务书统称为报批可行性研究报告的通知》，自 1991 年 12 月 4 日起，将现行国内投资项目的设计任务书和利用外资项目的可行性研究报告统一称为可行性研究报告，取消设计任务书的名称。可见，省发改委对可研报告批准的前提是环境保护部门对环境影响报告书的批准。

并且，省发改委在批复可研报告前，就该项目环保问题与省环境保护部门进行多次沟通，并组织邀请各方专家参加了该项目可研报告评审会。建设单位也根据环保部门以及专家评审会的要求和意见，对可研报告进行了多次修改，并最终通过了各方论证。

综上，省发改委根据省环保局浙环建〔2004〕36 号《关于 400 吨/日 C 县垃圾发电厂环境影响报告书审查意见的函》作出该项目可研报告的批复是符合相关法律法规规定的。

PDG

被告不作为吗?

——全面剖析沈某某诉Z省安全生产监督局行政不作为案

卢方舟　朱　宁*

案情简介

原告:沈某某

被告:Z省安全生产监督局

原告沈某某与A地B加油站相邻,原告曾以加油站离其家太近、存在安全隐患为由多次向当地有关部门信访投诉。A市公安局消防大队经实地检查认为B加油站存在一定安全隐患,于2004年6月3日,针对存在的问题作出"A公(消)字[2004]55号、56号《责令限期改正通知书》",并将处理情况告知了原告。2004年9月2日,A市安全生产监督管理局根据该市信访局协办单,向原告对其所反映的加油站安全问题进行了回复,认为B加油站安全生产条件已基本符合要求。2004年12月30日,原告向被告Z省安全生产监督局邮寄了"投诉书",要求被告查处B加油站存在的安全隐患。被告接到投诉后,于2005年3月15日将原告的投诉转给C(A市上属市)市安全生产监督管理局,要求对投诉人提出的有关问题予以核实、查处,并要求核查结果以书面形式告知原告的代理人,同时报告备案。在转办过程中,被告通过电话方式告知原告的代理人,对原告的投诉已转至A市安全生产监督管理局查处。2005年4月18日,A市安全生产监督管理局根据C市局要求组织了A市规划局、环保局、交通局和B街道办事处,并邀请投诉人沈某某的代理人共同对B加油站进行实地检查。检查的结论为:"该加油站除南侧隔离墙不符合要求外,其余安全条件基本符合生产要求。……要求加油站在南侧无围墙处建隔离墙。"同时逐级上报给了被告备案。

---

* 卢方舟:女,专职律师。
朱　宁:女,专职律师。

2005年7月4日，被告再次收到原告邮寄的《重新投诉的函》信件，认为2004年12月30日的投诉被告一直未予答复，要求查处并复函。2005年8月16日，被告会同Z省劳动保护科研所专家、A市安监局有关人员再次对加油站进行安全检查。8月17日，Z省劳动保护科研所出具了《中油A地B加油站安全评价确认意见》，认为加油站基本符合经营安全条件。同时，被告对A市安监局的处理意见的实施进行了监督检查，并督促A市安监局向B加油站发出《整改指令书》。

2005年9月，原告以被告不予答复为由诉至人民法院。在一审诉讼期间，被告向原告送达了书面答复。

争议焦点

本案的争议焦点是，被告是否履行了其法定的职责。

原告认为被告没有履行其法定职责，根据国家经贸委颁布的《危险化学品经营许可证管理办法》，针对原告的投诉，被告具有直接查处的法定职责。B加油站是由被告颁发经营许可证的甲种危险品经营单位，原告投诉就是要求被告履行直接调查处理安全隐患的职责。而根据《信访条例》和《Z省信访条例》规定，被告对于原告的投诉也有作为的义务。原告收到的A市安监局的《关于反映加油站安全问题的回复》与被告的行为无关。被告并没有履行其查处危险化学品经营单位安全隐患的职责。

被告认为，在收到原告的投诉之后被告即向C市安监局发函，要求其对投诉进行核查，并电话告知原告的代理人。后A市安监局组织有关部门及原告的代理人到B加油站实地核查。而在接到原告《重新投诉的函》后，被告又同Z省劳动保护科研所专家等对A市安监局的处理意见的实施进行了监督检查，并督促A市安监局向B加油站发出《整改指令书》。整改完成后，被告于2005年9月28日再次到实地核查。被告履行法定职责是一个连贯的过程，符合《危险化学品经营许可证管理办法》、Z省经贸委《关于〈危险化学品经营许可证管理办法〉的实施意见》、《Z省危险化学品安全管理实施办法》对其法定职责的规定。

法院的认定与判决

一审法院经审理后认为，被告作为负责全省安全生产监督管理的行政部门有职责对涉及本行政区域内的危险化学品安全生产问题实行监督管理，也有权督促下级安全生产监督管理部门查处。在本案中，被告接到原告的投诉后进行了一系列的履行职责行为，被告将原告的投诉转交其下属的

安全监督管理部门查处，并且亲自参加了实地核实、查处，对此，原告及其代理人应当知道A市安监局的核实、查处行为属于被告转办的作为行为。并且被告已给原告做出口头答复的履行职责行为，诉讼过程中，被告又给原告做出了书面形式的答复。依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第56条第(一)项规定，判决驳回原告的诉讼请求。

二审法院经审理后认同一审法院的观点，认为被上诉人已履行其法定职责，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第61条第(一)项规定，判决驳回上诉，维持原判。

案件的解析

一、Z省安监局对于沈某某的投诉是否必须亲自履行核实和查处的职责?

Z省安监局负有依法颁发危险化学品经营许可证的法定职责，并且依照相关法规、规章的规定负责对危险化学品经营单位进行监督检查。同时，相关法规、规章也明确了安全生产监督管理的行政职责是根据"分级管理、属地管辖"的原则进行分配的，因此，省安监局作为省级安全生产监督管理机关，有权督促各级安全生产监督管理部门对危险化学品经营单位进行监督、检查。

国家经贸委颁布的《危险化学品经营许可证管理办法》第19条规定："发证机关应当对本行政区内已取得经营许可证的单位进行监督检查。"该办法颁布实施后，Z省经济贸易委员会于2002年12月5日颁布了关于《危险化学品经营许可证管理办法》的实施意见。该意见第二条是关于"经营许可证申报、审批"程序的规定，其中第(一)项明确规定："申请甲种经营许可证的经营单位，按隶属关系将申请报告连同《危险化学品经营许可证申请表》和相关材料送当地人民政府确定的负责危险化学品安全监督管理综合工作的部门，经所在县(区)安全生产监督管理部门签署意见后，报上级市安全生产监督管理部门。市安全生产监督管理部门在接到申报之日起10个工作日内进行初审，合格后正式函报省安全生产监督管理局；省安全生产监督管理局在接到报告之日起20个工作日内组织复审，对合格的颁发经营许可证，对不合格的给予书面说明"；该意见第八条是关于"监督管理"的规定，其中第(一)项明确规定："各级安全生产监督管理部门负责对危险化学品经营单位的经营、销售活动进行日常监督、检查管理。"此外，根据《危险化学品

经营许可证管理办法》,有权颁发甲种经营许可证的是省、自治区、直辖市人民政府经济贸易主管部门或者其委托的安全生产监督管理部门。当时,省安监局还不是一个独立的行政机关,而是Z省经济贸易委员会下设的管理安全生产的内设机构。因此,当时的Z省安全生产监督管理局是根据Z省经贸委的委托从事省安全生产管理工作的,其依据即为Z省经贸委颁布的关于《危险化学品经营许可证管理办法》的实施意见。

2004年7月19日,Z省人民政府办公厅颁布了《关于印发Z省安全生产监督管理局职能配置内设机构和人员编制规定的通知》,明确省安监局为省经济贸易委员会管理的主管全省安全生产综合监督管理的正厅级行政机构,同时挂Z省安全生产委员会办公室牌子。主要职责包括:承担省安全生产委员会办公室的日常工作;综合管理全省安全生产工作;依法行使全省安全生产综合监督管理职权,指导、协调和监督有关部门安全生产监督管理工作;依法行使全省安全生产监察职权;负责发布全省安全生产信息,综合管理全省生产安全伤亡事故统计和安全生产行政执法分析工作;负责综合监督管理危险化学品和烟花爆竹安全生产工作等等。

此外,2004年12月颁布并于2005年2月1日实施的《Z省危险化学品安全管理实施办法》第四条也明确了安全生产监督管理的行政职责是根据"分级管理、属地管辖"的原则进行分配的。该条规定:"县级以上人民政府安全生产监督管理部门负责本行政区域内危险化学品安全监督管理综合工作"。

由此可见,原告沈某某所称的"违反应当由被告(被上诉人)自行、直接作为的相关规定"是缺乏依据的,也是原告对规章相关规定的错误理解。而省安监局根据分级管理、属地管辖的原则将沈某某的投诉转交给C市安全生产监督管理局,由C市安监局按此原则转交给A市安全生产监督管理局负责核实、查处,并将相关意见通知沈某某,同时要求对核实、查处结果逐级上报备案,以督促下级安全生产监督管理部门履行职责,是完全正确的。

而A市安监局于2005年4月18日组织了A市规划建设局、环保局、交通局和B街道办事处,并邀请了沈某某的代理人,共同对B加油站进行了实地核查。在沈某某及其代理人明知省安监局已逐级委托A市安监局对其投诉进行核实的情况下,A市安监局的核实行为就是省安监局作出的行政行为,省安监局不存在行政不作为。

二、省安监局对沈某某的投诉进行核查后，在诉讼的过程中给予书面答复的行为是否违法？

省安监局接到沈某某的投诉后，已在电话中告知其已将投诉转交下级安全生产监督管理部门核实和处理。而给沈某某最终的书面答复虽然发生在诉讼期间，但仍然是在作出行政行为的合理期限内，并不违法。

在本案中，省安监局的整个行政行为的过程是省安监局接到沈某某的投诉，然后将投诉转给C市安监局，要求对投诉人提出的有关问题予以核实、查处，并要求核查结果以书面形式告知投诉人，同时报告备案。在转办过程中，省安监局通过电话方式告知沈某某的代理人。在接到沈某某的第二次投诉后，省安监局再次组织有关部门到实地检查并督促A市安监局向加油站发出《整改指令书》，当整改措施均实施完毕后，省安监局于2005年10月27日向沈某某送达了最终的书面答复意见。

法律法规并没有明确规定省安监局作出并完成这些行政行为的期限，而省安监局根据事情的复杂程度、正常的办事流程及人员安排等因素，在合理期限内作出并完成了这些行政行为。省安监局自第一次接受投诉、转交下级安全生产监督管理部门核查开始，到最终将整改后的情况书面通知沈某某的行政行为是连续的，该一系列的行政行为并没有违法的地方，也没有超出合理的期限。

行政诉讼起诉期限的适用与补救

——关于陆某等与N市规划局某分局规划许可行政争议案的思考

邱　坤*

案情简介

原告:陆某、李某、杜某(以下简称"三业主")

被告:N市规划局某分局(以下简称"规划局")

第三人:N市某房地产开发有限公司(以下简称"开发商")

2004年10月,三业主分别与开发商签订了《商品房买卖合同》,购买开发商建设的某住宅小区房产。2006年初,开发商向三业主交付商品房,三业主收房后认为所交付的小区房屋拥挤、绿地缩水,遂找开发商交涉。交涉未果后,三业主与小区内的其他184位业主于2006年8月22日以开发商为被告向N市A区法院提起了民事诉讼。在民事案件审理过程中,三业主认为规划局在向开发商颁发该小区的《建设工程规划许可证》时,所核准的相关数据与该小区已有的建设工程规划意见书、国有土地使用权挂牌出让公告、国有土地使用权出让合同、项目的规划设计方案、N市城市规划技术管理规定等载明的小区容积率、绿地率不符,使得小区容积率大大超标,导致小区拥挤、环境劣化、舒适度降低,房屋价值贬损。三业主认为规划局向开发商颁发《建设工程规划许可证》的具体行政行为违法,直接帮助了开发商的违法建设行为,严重损害了其合法财产权益和其他居住权益,于2007年4月23日向N市A区人民法院提起行政诉讼,请求法院撤销规划局向开发商颁发的《建设工程规划许可证》。本所律师接受开发商的委托,参加本案一审、二审诉讼。

---

* 邱　坤:女,毕业于黑龙江大学,主要从事房地产开发、公司投资及购并、行政诉讼、劳动争议处理等法律业务,专职律师。

争议焦点

庭审中，各方当事人就三业主是否具体行政行为的利害关系人、其起诉是否因超过法定期限而丧失诉权、规划局的具体行政行为是否损害三业主的合法利益等多个焦点问题进行了充分的举证和辩论。本案例重点讨论程序问题中的起诉期限问题，故其他焦点问题不提及。

一、规划局主要观点

本案起诉应适用《中华人民共和国行政诉讼法》第 39 条规定的三个月的法定期限。《行政诉讼法》第 39 条规定："公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当在知道作出具体行政行为之日起三个月内提出，法律另有规定的除外。"规划局于 2004 年 9 月 28 日给开发商颁发了《建设工程规划许可证》，三业主早在 2006 年 1 月 13 日就委托律师调查取证到该《建设工程规划许可证》，知道规划局作出该具体行政行为；其后，在包括三业主在内的 187 位业主与开发商进行民事诉讼过程中，三业主作为当事人又于 2006 年 9 月 28 日收到了开发商作为证据提交的该《建设工程规划许可证》。因此，起诉期限的起算点无论从 2006 年 1 月 13 日开始，还是从 2006 年 9 月 28 日开始，至提起本案诉讼的 2007 年 4 月 23 日，三业主起诉均已超出法定期限即三个月，三业主的起诉依法应予驳回。

二、开发商主要观点

本案起诉应适用《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第 41 条规定的两年的法定期限。其第 41 条规定："行政机关作出具体行政行为时，未告知公民、法人或者其他组织诉权或者起诉期限的，起诉期限从公民、法人或者其他组织知道或者应当知道诉权或者起诉期限之日起计算，但从知道或者应当知道具体行政行为内容之日起最长不得超过 2 年。"本案所涉《建设工程规划许可证》证号早于 2004 年 10 月就记载于三业主与开发商签订的《商品房买卖合同》中，且在开发商售房现场也同时公示了该许可证，故应推定三业主从签约时就知道该具体行政行为。因此，起诉期限的起算点应从 2004 年 10 月开始，至提起本案诉讼的 2007 年 4 月 23 日，三业主起诉已超出最长法定时效，依法应予驳回起诉。

三、三业主主要观点

本案起诉期限应适用《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第41条规定的最长两年的法定期限,但期限的起算点应为2006年9月28日三业主在民事诉讼中收到该《规划许可证》证据时开始。因此至提起本案诉讼的2007年4月23日,三业主起诉未超出两年法定期限。

审理判决

本案经过一审审理,支持了开发商律师关于起诉期限的主要观点,裁定驳回三业主的起诉。三业主不服,向N市中级人民法院提起上诉。法院审理中,2007年8月6日,三业主自愿申请撤诉,被准予。

一审判决情况

2007年6月18日,N市A区人民法院作出(2007)甬镇行初字第17号行政裁定书。

N市A区人民法院认为,原告向人民法院提起行政诉讼,必须在法律规定的期限内提出,超过法定期限的,将因起诉时效届满而丧失诉权。本案中,三原告于2004年期间分别与开发商签订了商品房买卖合同,2006年领取了房屋所有权证。在商品房买卖合同中均记载了被告核发的(2004)浙规建证×××号《建设工程规划许可证》的证号,此时原告应当知道第三人所建房屋是经被告核发有建设工程规划许可证的合法建筑,原告认为被告作出的具体行政行为违法,其应在法律规定的期限内提起行政复议或者行政诉讼。原告在被告作出具体行政行为两年之后才提起行政诉讼,超出了《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第四十一条规定的最长两年的起诉时效,原告的起诉应予驳回。据此,依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第四十四条第一款第六项的规定,裁定驳回三原告的起诉。

经典评析

随着我国民主法制进程的加快和公民权利意识的日益增强,"民告官"诉讼案范围和类型不断发生变化,律师代理案件的难度也不断增加。对于律师而言,如果不能领会行政案件的特殊性,不能把握行政诉讼的特殊规则,将很难准确地完成代理工作。行政起诉期限是律师接受代理后首先应考虑的问题,如果在此方面没有认真考虑、严格审核,将给代理工作带来极

大被动。该问题本身应该不复杂,但我国现行立法未对此给予相应的重视,法律、司法解释对于行政起诉期限的规定不明确,因而行政审判实践中争议颇大,应引起我们律师高度重视。笔者认为,上述案例至少可从以下三方面引起我们的思考。

一、理清我国现行法律对行政诉讼起诉期限的诸多规定是律师代理行政案件的基础

在我国现行行政法学中,并没有像民法有一个完整诉讼时效以及刑法有明确的追诉时效的概念,涉及行政诉讼时效内容时往往用起诉期限来代替,认为起诉期限是"法律规定的当事人请求法院通过行政诉讼程序给予法律救济的最长时间限制"。有关行政诉讼起诉期限的规定散见于《行政诉讼法》、《行政复议法》、最高法院司法解释以及各部门行政法中,其中规定的时间长短不一,少则5日,多则20年,有研究者参照我国《民法通则》将民事诉讼时效划分为普通时效、特殊时效和最长时效,对行政起诉期限区分为一般起诉期限、特殊起诉期限和最长起诉期限三种。

(一)一般起诉期限

1.原告直接起诉的,起诉期限规定为3个月(《行政诉讼法》第39条规定);

2.对经过复议向法院起诉的,起诉期限规定为1 5日(《行政诉讼法》第38条规定)。

(二)特殊起诉期限

1.直接向法院提起诉讼的特殊起诉期限。其中有:

15日(《土地管理法》第83条、《邮政法》第40条、《水污染防治法》第54条、《药品管理法》第55条等);

30日(《渔业法》第33条、《森林法》第17条、《土地管理法》第16等)。

2.经复议向法院提起诉讼的特殊起诉期限。其中有:

5日(现已失效的《治安管理处罚条例》);

30日(《海关法》第26条等);

3个月(《专利法》第41条、《城市房屋拆迁管理条例》第16条等)。

(三)最长起诉期限

2000年3月10日施行的《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释〉,将行政诉讼最长起诉期限分为两种:一种是知道具体行政行为内容,但未被告知诉权或者起诉期限的为2年(《解释》第

41 条规定);另一种是不知道具体行政行为内容的,涉及不动产的为 20 年,其他的为 5 年(《解释》第 42 条)。

二、最长起诉期限的适用存在界定不清之处,法官自由裁量权较大

对于上述最高人民法院司法解释第 41 条、42 条规定的起诉期限,自实施以来,一直在审判实践中存有争议,很多律师和法官都认为该两条内容界定不清,文字表述不严谨、不科学,给司法适用带来困惑。下面予以简单剖析:

《解释》第 41 条规定:"行政机关作出具体行政行为时,未告知公民、法人或者其他组织诉权或者起诉期限的,起诉期限从公民、法人或者其他组织知道或者应当知道诉权或者起诉期限之日起计算,但从知道或者应当知道具体行政行为内容之日起最长不得超过 2 年。"从本条表述的适用对象或适用范围来看,似乎是针对行政行为相对人的,因行政机关的具体行政行为针对行政相对人作出,行政机关告知诉权或起诉期限也应是针对行政相对人的,此时,行政机关并没有义务去告知具体行政行为的利害关系人,事实上也不可能告知。所以本条起诉期限最长 2 年的规定应适用于行政行为相对人,而不适用行政行为的利害关系人。

《解释》第 42 条规定:"公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出的具体行政行为内容的,其起诉期限从知道或者应当知道该具体行政行为内容之日起计算。对涉及不动产的具体行政行为从作出之日起超过 20 年、其他具体行政行为从作出之日起超过 5 年提起诉讼的,人民法院不予受理。"从本条表述的含义看,其适用对象似乎是针对行政行为利害关系人的,而不是针对行政行为相对人的。因为行政机关的具体行政行为就是针对相对人作出的,行政行为的相对人不知道行政机关对其所做具体行政行为的内容几乎是不可能的,而行政行为利害关系人不知道该具体行政行为内容的可能性却非常大。但是,该条司法解释的内涵并不能排除行政行为的相对人不知道具体行政行为的内容或利害关系人知道行政行为的具体内容的可能。

同样推理,第 41 条规定的情形也存在适用行政行为利害关系人的问题。再仔细推敲,第 41 条、第 42 条区分的两种情形,一种是未告知诉权或起诉期限的,一种是不知道具体行政行为内容的,但实践中这两种情形并不是截然分开、完全独立的,尤其是在利害关系人方面同时存在两种情形的比比皆是。那么,法官该如何解决这种两个条款都可以适用的冲突,律师该如

何把握适用的准则呢?

三、律师可选择合适诉讼策略补救行政起诉期限,以达到委托人行政诉讼之目的

可以说,正确理解行政起诉期限的法律规定是律师代理行政诉讼案件的前提,但按照前面的阐述,我国现行司法实践中对起诉期限的理解存在歧义,适用存在冲突,因此法官的自由裁量空间较大。这种现状,对于律师代理行政诉讼案件提出了更高要求,即代理伊始就需认真研究起诉期限,可能存在风险时,就应考虑选择合适诉讼策略进行行政起诉期限补救。

如果有充分证据证明具体行政行为违法,但已经超过诉讼时效,代理人就应考虑到行政相对人或利害关系人直接向法院提起诉讼、请求确认行政行为违法,可能会承担败诉的风险:法院一是不予受理,二是受理后经审理裁定驳回起诉。此种情况,律师可考虑重新审视案件,另选定一个诉讼角度起诉,例如直接向被告行政机关提出申请,请求行政机关依法纠正自己的违法行政行为或查处行政相对人的违法行为,该请求并未有法定期限限制,如行政机关未予纠正或查处,律师则可以针对此申请提起行政不作为之诉,请求行政机关在一定期限内履行法定职责。针对这种诉讼请求,法院一般只审查该行政机关是否具有受理、审核和作出处理的法定义务和职责,原告是否向被告请求过履行法定职责,诉请不作为的起诉期限有没有超过,而不会审查原告何时知道或应当知道具体行政行为的内容、诉权等,如此同样可达到进入行政诉讼程序维护原告合法权益的目的。

就本案例而言,原告三业主律师在代理起诉时,如果从其提供民事代理服务的其他 184 位业主中选出近两年内签订《商品房买卖合同》的人作为原告,也不会发生本案被裁定驳回起诉的结果。由此也可以带来启示,如果某一个具体行政行为涉及多个行政相对人或利害关系人,这些人介入具体行政行为的时间先后不同,律师便可从中做出选择,较为容易地解决个别原告起诉期限超过法律规定的问题。

PDG

公司与证券篇


PDG



网上交易安全责任的承担

——黑客入侵电脑,股民的损失向谁主张

徐 光 唐 满*

案情简介

原告:钱某

被告:某证券公司某某营业部

股民钱某于2004年11月12日中午,突然发现自己证券账户内的几只股票不翼而飞,而且账户上还多了几只垃圾股,其在确认不是其妻进行的操作之后,随即向公安机关报案。当月23日,同样的事情再次发生,钱某再次报案。后经过有关机关查实,因为该股民在使用家中电脑时误入犯罪分子故意设置的证券网页,感染了犯罪分子专门设计用于窃取股票账号和密码的木马病毒,账号和密码被窃取。据查,这是江西三名犯罪分子利用窃取到的股票账号和密码进入交易系统进行了一系列的操作,以此获利。案发后,三名罪犯分别被判刑,但钱某的损失却没有得到赔偿。钱某认为证券公司对网上交易没有尽到安全保障义务,故向法院提起民事诉讼,要求证券公司赔偿全部损失。

争议焦点

证券公司和股民对网上证券交易中的安全责任的划分。

审理判决

一审法院经审理认为,由于原告负有保管好自己账户信息及密码的义务,因此双方协议中有关账号、密码失窃造成损失由原告承担责任的约定并

* 徐 光:男,毕业于华东政法大学,专业从事公司、证券、涉外法律事务,专职律师。
唐 满:男,毕业于中国人民大学,专业从事公司、证券法律事务,专职律师。

未加重原告的责任,因此该约定对双方均有约束力。原告主张被告提供的网上交易软件存在漏洞,致使相关信息被他人窃取,但被告的网上交易系统是向客户提供的交易手段之一,其交易系统的安全性应局限在其提供的网上交易服务器能否有效防范电脑黑客的攻击,防止电脑黑客在服务器上修改数据或窃取客户资料,保护系统内资料的安全。而客户使用的电脑终端安全性应由客户自行负责,被告无保障客户终端电脑不被病毒侵入的义务。因此法院判决驳回原告的诉讼请求。原告不服提起上诉,二审法院维持原判。

经典评析

笔者认为该股民的损失是由于三名犯罪分子通过病毒盗窃了他的股票账号和密码,从而进行盗买盗卖他的股票产生的。一般的网络使用者都对网络的风险有所了解,知道网络风险无处不在,使用网络进行重要的交易时,必须非常小心,电脑需要加载杀毒和防毒软件以保证用于交易的电脑终端处于安全的使用环境中。本案中该股民的损失正是因为其用于交易的自有电脑终端感染了病毒而导致。

该股民认为在盗买盗卖事件发生后,证券公司提供的软件进行了升级,加入了防病毒功能,就是对此前的软件存在瑕疵的一种认可。该股民据此认为,被告在此事件发生之前就已经具备了防病毒的能力,但却没有向用户提供此种功能,因此,被告没有尽到安全保障义务,存在过错。

证券公司认为其提供的软件系专业软件公司设计,安全性很好,市场使用率很高,该股民之所有遭受损失是源于其用于网上交易的电脑终端感染了病毒,犯罪分子利用所窃取的账号和密码进行股票盗买盗卖。对于这种行为证券公司无法分辨,因此给股民造成的损失与证券公司无关。

笔者认为,证券公司提供的软件本身并不存在安全上的漏洞,该股民的账号和交易密码并不是在进入证券公司交易平台后被盗的,而是在其使用自己家中电脑进入证券公司网上交易系统之前就已经丢失,该股民显然没有尽到谨慎保管义务。被告证券公司提供的交易软件加载防病毒功能,只能说明被告逐步完善了服务,尽力维护客户的财产安全,但证券公司网络交易系统的防毒软件不可能用来防止原告自有电脑感染病毒,也不可能保护原告的信息资料在进入网络交易系统之前不被窃取。况且,病毒是不断升级和变化的,防毒软件也只能根据已知的病毒进行针对性的防范,永远都只能滞后于病毒的发展。网上交易的安全归根结底还是靠软件使用者即每个

用户保证其电脑终端处于安全环境，以防止病毒和黑客的恶意攻击，造成不必要的损失。

在网上交易成为当前证券交易主要方式的同时，网络风险是不容忽视的巨大隐患，不论股民还是证券公司都面临安全风险责任承担的新问题。

因此，通过此案的分析，网上证券交易安全责任按以下原则划分：

（一）股民应对用以进行网上证券交易的自有电脑终端的安全性负责，对因其自有电脑环境不安全所造成的损失自行承担责任。

（二）证券公司应对股民进入其网络交易平台后的交易安全负责，对因股民进入其交易平台后的交易过程中因安全问题造成的损失承担过错责任。

（三）证券公司应对其提供给股民用以进行网上证券交易的电脑终端的安全性负责，对股民因使用证券公司电脑终端进行交易过程中的因安全问题发生的损失承担相应的责任。

PDG

银证转账信息出错,证券公司被动融资,强制平仓是否构成侵权

——钱某与某证券公司营业部强制平仓赔偿纠纷案评析

徐 光 唐 满*

案情简介

原告:钱某

被告:某证券公司某某营业部

原告钱某系在被告公司某营业部开户的股民,从事股票交易多年。2007年1月8日,钱某从银行的储蓄账户往证券公司的资金账户上转入资金3万元,但因证券公司和银行之间的信息传输出现故障导致钱某的资金账户多出了6万元资金,即单边账。钱某当日在得知资金账户上无故多出了6万元资金后,以其资金账户上的全部款项购入某权证,且于当日抛出获利,后又用其资金账户上的所有款项重新购入某股票。当日晚,证券公司和银行进行例行对账,发现了该笔单边账,按双方签订的协议应当由证券公司负责调账,因为该客户银行储蓄账户上只有3万元存款,银行方面仅转出了3万元资金,从而使得证券公司被动地形成了透支融资的现象。次日,营业部工作人员与钱某进行了多次沟通,希望其能补足该笔透支资金或将相应价值的股票抛售填平资金账户上的赤字。但沟通没有能够解决问题,钱某拒绝了上述方案,并认为该笔错账资金是其和银行之间的关系,与证券公司无关。营业部在沟通无效的情况下于当日收盘之前将钱某股票账户上的用透支资金购买的相应股票强行平仓,收回透支资金。钱某以证券公司行为侵犯其财产权为由诉至法院,要求证券公司赔偿其股票差价损失并要求被告退回平仓的佣金、印花税和过户费。

* 徐 光:男,毕业于华东政法大学,专业从事公司、证券、涉外等领域,专职律师。
唐 满:男,毕业于中国人民大学,专业从事公司、证券领域,专职律师。

争议焦点

该透支的6万元的所有权之归属，强制平仓行为是否构成侵权。

审理判决

经审理法院认为，证券公司是否应对该强制平仓行为承担赔偿责任及责任比例，应依据双方的过错程度而定。就钱某在此次事件中的行为而言，其在2007年1月8日委托证券公司为其购买股票过程，明知其通过银证转账转入证券资金账户仅为3万元，加上账户中原有233.43元，其可用资金应为30233.43元，而钱某对证券资金账户在银证转账后竟出现90233.43元的可用资金数额，不仅没有进行资金来源的查证，反而贸然将全部资金投入股票买卖。且在1月9日证券公司向其说明多余资金6万元系银证转账系统失误所致，要求返还6万元透支金额的情况下，仍拒绝退还。钱某明显存在透支故意。而证券公司在1月8日股市收盘后发现透支，并在1月9日股市开盘时即与钱某进行沟通要求返还透支资金6万元。金通证券在1月9日股市即将收盘但沟通无效的情况下，才对钱某利用透支资金购买的股票进行强制平仓，属于及时阻止钱某单方透支交易行为。首先，依据银行与证券公司对2007年1月8日银证转账业务结束后进行的例行清算，确认钱某的透支金额非属银行所有，应由证券公司对此进行调账。故钱某超出自有资金余额仍购买股票，其行为已直接构成对证券公司财产权的侵害。其次，证券市场的特性在于股票价格存在波动性，股票价格的变动并非可以完全预见，也不以当事人的意志而转移。如证券公司不及时强行平仓，可能造成损失，及发生损失迅速扩大的迹象，而投资者也很难有足够的资金弥补亏损。所以，证券公司为避免发生重大损失，将钱某利用透支资金购买的股票进行强行平仓，可以视同证券公司在一定条件范围下的自行救济，由此可能造成的损失应由客户自行承担。一审法院判决驳回原告的诉讼请求。原告没有提起上诉。

经典评析

证券公司的强制平仓行为是否构成侵权，笔者从侵权行为的构成四要件进行分析。

（一）行为的违法性

证券公司的强制平仓行为是否具有违法性，还要综合案件的前因后果来看。

银证转账过程中的信息出现差错，属于技术性问题，不以银行和证券公司双方的意志为转移，属于意外事件，银行和证券公司对此都没有过错。但对于作为第三人的股民来说，其账户中意外增加的资金因没有合法依据，应当属于不当得利。

《民法通则》第92条规定，没有合法依据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。本案中钱某资金账户上多出来的6万元系不当得利，依法应当返还权利人，因此在证券公司因不当得利而获得了要求客户返还的请求权（债权）。在该客户明知该资金为不当得利而擅自处分，买了股票，其行为已经构成了恶意侵占。

证券公司在请求返还不当得利遭到拒绝后，出于避免损失扩大的风险考虑，凭借其管理着客户股票的事实，采用强制平仓的手段收回属于自己的资金。至于强制平仓行为是否合法合理，目前学术界存在着不同的理解。

有学者认为客户因不当得利而形成了一个债权，证券公司有权请求客户返还不当得利。但客户已经将该笔资金购买了股票，形成了所有权，是物权，物权效力高于债权，证券公司可以向司法部门寻求公力救济，要求客户返还不当得利以实现债权，但证券公司的强制平仓行为显然侵犯了客户财产所有权，以侵犯他人的物权来实现自己的债权是没有法律依据的，其行为也是违法的。

笔者认为，返还不当得利是一种请求权，但不当得利的客体是物，那么该物就一定存在物权，即证券公司对不当得利的客体之物享有所有权，客户在没有物权的情况下处分该物本身就是无权处分行为，其行为因侵犯了所有权人的物权而无效，资金也应当视为特定的物，在资金转化为股票时，我们可以认为这是一种物物交易，因为在证券市场上进行了交易。因此交易另一方应当视为善意第三人，交易行为的结果应当认定为有效，但物权的追击效力及于交换物，即股票，因此，通过交换而来的股票并不属于客户，客户对此没有所有权，所有权应当归属证券公司，因此证券公司强制平仓也就无所谓侵犯客户的所有权。这样更能体现公平合理的民法原则，也更符合民法关于物权的理论。

（二）损害之事实

本案中，钱某账户中多出的6万元是因为银行和证券公司之间的信息传输出现故障引起的，应属不当得利，转化成股票后也依然属不当得利，证券公司在6万元的范围内进行强制平仓并没有使钱某的利益遭受损失。股票的价值存在风险，按照不当得利的理论，不当得利返还的范围及于不当得

PDG

利产生的孳息，恶意造成损失的，债务人应当赔偿。因此，如果该股票产生了收益，该收益应当归不当得利债权人所有；而如果股票贬值，则债务人应当予以赔偿。

根据《最高人民法院关于杜妍与中国银行辽宁分行股票及侵权纠纷一案的复函》规定，因证券公司主动融资借款给客户后又强制平仓的纠纷，赔偿数额可为客户持有的股票买入价与证券经营部平仓时卖出价之间的差价总额，及该笔资金自卖出之日起至给付之日止的利息。本案中，被告平仓时股票的价格比原告买入时要高，因此，原告不存在任何损失，因此其诉讼请求不应得到支持。

总之，本案中，证券公司的强制平仓行为没有给客户造成损失，也就无所谓损害之事实。

(三)因果关系

侵权责任中的因果关系指的是违反行为和损害事实之间的内在联系，即违法行为导致损害事实的产生。但如前所述，本案中没有所谓的损害事实的产生，因此也就不存在所谓的因果关系了。

(四)主观过错

侵权责任中的主观过错指的是侵权人对损害事实的态度。本案中，证券公司的目的只有一个，就是避免损失，并没有故意造成客户损失的主观过错，而且事实上也没有造成客户的损失，反之，倒是客户在明知该6万元系不当得利而故意使用之，具有恶意侵占的主观过错。

因此，从侵权的四大构成要件来看，本案中证券公司的强制平仓行为不构成侵权，而是对自我权利的一种救济，根据原被告在本案中的过错程度，客户钱某的诉讼请求得不到法院的支持也是理所当然。

“大盘系统风险扣除论”与“老鼠屎理论”

——浙江82位“某某港”、“某港B股”股民诉某某港股份有限公司等六被告虚假证券信息纠纷案评析

宓雪军　厉　健*

案情简介

2002年1月15日，最高人民法院发布了《关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件有关问题的通知》。之后，有关中级法院受理的证券民事赔偿案件达900多件，其间涉及大庆联谊、圣方科技、ST同达、嘉宝实业、渤海集团、ST九州、三九医药、红光实业、银广夏、ST天颐、ST东方、某某港等12家上市公司。

同年11月11日，上海股民彭淼秋女士诉嘉宝实业公司等作出虚假陈述赔偿案在上海市第二中级人民法院调解结案。彭淼秋的诉讼请求为1312.32元，实际获赔800元。彭淼秋由此成为我国证券民事赔偿诉讼案中获赔第一人，该案也因系中国证券民事赔偿诉讼第一案而在中国证券市场发展中抹上浓重的一笔。

2003年1月9日，最高人民法院颁布《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》（证券界将其简称为《1·9规定》）。

《1·9规定》指出，如果上市公司虚假陈述，曾被证监会或财政部处罚或是被法院判定有罪，因此受到损失的股民可以向上市公司索赔。

上述规定甫出台，立刻一石激起千层浪。自2003年2月1日起，受害股民纷纷再次拿起法律武器把作出虚假陈述的上市公司告上法庭，而各地方法院也为证券官司大开绿灯。

此前的2002年9月至12月，财政部对某某港2000年及前一年度的检

---

* 宓雪军：男，专职律师。
厉　健：男，专职律师。

查表明，某某港多确认收入 3.6717 亿元人民币，少计财务费用 4945 万元人民币，少计主营业务成本 780 万元人民币，多列资产 1.1969 亿元人民币。

随后，某某港被财政部作出行政处罚：予以通报，并处以罚款 10 万元。2002 年 10 月 21 日，公司董事会对被检查和处罚问题进行公告，某某港 A 股、某港 B 股股价随之大幅下跌。

2003 年 2 月 8 日，成都市 3 名股民起诉某某港，沈阳市中级人民法院随后立案。这是《1·9 规定》实施以后全国第一例证券民事赔偿案，也是第一件起诉 B 股上市公司的赔偿案，第一起以财政部行政处罚为前置条件的案件。

在该案的被告名单中，国际五大会计师事务所毕马威的名字也赫然在列。

斯时，浙江的小股民从媒体上看到消息激动不已，但又无可奈何。激动的是索赔有了“领头羊”，有了“前车之鉴”；而无可奈何的是，成都 3 名股民总共索赔 8 万多元，赔偿多少仍是未知数。而扣除各种费用，即使是全赔也所剩无几。有人开始打消索赔的念头。

2003 年 2 月，宓雪军作为法律咨询专家参与杭州武林广场的一次免费法律咨询现场活动。许多小股民把索赔的问题抛给了他，他做了一一解答。之后，宓雪军借助媒体称可以先期垫付差旅费，为股民状告上市公司做代理。

截至 2003 年 6 月 16 日，57 名股民委托裕丰律所状告某某港，其中“某某港 A 股”有 14 名，“某港 B 股”有 43 名。沈阳市中级人民法院予以立案，并依照原告人数、损失类型分为 6 个案件，索赔总额 185 万元。

起诉的被告不仅有某某港股份有限公司，还有亿万富豪张某某(时任某某港的法定代表人、董事长)、A 省证券公司、B 证券有限公司、C 毕马威华振会计师事务所、D 毕马威会计师事务所。

2005 年 4 月，浙江 82 位“某某港”、“某港 B 股”股民按诉讼标的额的 65%最终获赔 176 万元，这一赔付比例在全国各地“某某港”系列案件中是最高的，外省股民“某某港”案的赔付比例大致在 30%—55%之间，相比之下本所律师的代理成效非常显著，《青年时报》评价该案为“浙江小股民索赔第一案”。



争议焦点

原告的损失是否应当扣除大盘系统风险因素。

被告某某港股份有限公司(以下简称某某港公司)依据《规定》第19条第四款规定提出抗辩,提出"大盘系统风险扣除论",要求对每位原告的损失求偿额分别扣除大盘系统风险因素,即按诉讼标的额的30%赔付。

律师认为《规定》第19条第四款规定存在缺陷,坚决反对"大盘系统风险扣除论"。本所律师引用"老鼠屎理论"予以驳斥,并举出实例据理力争。

审理判决

2005年4月,浙江82位"某某港"、"某港B股"股民按诉讼标的额的65%最终获赔176万元。

经典评析

最高人民法院《规定》第19条第四款规定:被告举证证明原告具有以下情形的,人民法院应当认定虚假陈述与损害结果之间不存在因果关系:损失或者部分损失是由证券市场系统风险等其他因素所致。

由于上述条款仅对"证券市场系统风险"作了原则性的规定,《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述案件司法解释理解与适用》对"证券市场系统风险"也未详细阐述,因此在司法实践中引起很大争议。

被告某某港公司依据《规定》第19条第四款提出抗辩,虽然某某港公司存在虚假陈述问题,但如果不是大盘大跌,股民根本不会遭此重创。因此,每位原告的损失求偿额应当分别扣除大盘系统风险因素。

被告某某港公司举例论证:因国务院2001年6月12日出台减持国有股方案,造成股市暴跌,使上证指数从2222.96点跌至最低点1339.20点,跌幅高达39.76%。受此影响,某港A股大幅下跌,股价从11.55元跌至最低价7元,跌幅高达39.39%。由此可印证,由于系统风险造成某某港股价下跌,此期间某某港A股股东损失与某某港虚假陈述之间没有因果关系。因国务院2002年6月24日停止减持国有股方案,造成股市上扬,上证指数涨幅高达9.25%,受此影响,某某港A股涨幅10.07%。直至2002年10月才跌回宣布停止减持国有股方案之前的股价。由此可见,由于系统风险造成某某港股价暴涨,此期间因高价购买某某港A股造成损失与某某港虚假陈述之间没有因果关系。

据此,被告某某港公司认为原告损失求偿额的70%是由于大盘系统风

险因素造成的，只同意按损失求偿额的30%赔付。

律师认为，《规定》对“证券市场系统风险”的规定，仅仅是原则性地规定在第19条中，缺乏可操作性。被告某某港公司据此提出“大盘系统风险扣除论”抗辩，显然是缺乏充足的法律依据。

假设沈阳中院采纳被告某某港公司提出的“大盘系统风险扣除论”观点，那么，大盘指数涨跌幅度的起止时点是无法确定的，而计算起止时点的不确定性必然导致涨跌幅度结果不一致，每位原告扣除的金额可能出现好几个计算结果，无论取舍哪个计算结果都会产生重大争议。比如说，大盘指数的起算时点按被告虚假陈述实施日起算还是按原告第一笔买入股票的时间起算？是按照符合因果关系的股票买入时起算还是按照多次买入的平均指数计算？

假设大盘指数涨跌幅度起算时点从被告虚假陈述时起至抛售日或基准日止。举例说明：“锦港B股”于1998年5月19日上市，根据上交所历史数据查询：1998年5月19日－2002年12月23日，B股指数历史行情累计涨幅148.9%。“某某港”A股于1999年6月7日上市，根据上交所历史数据查询：1999年6月7日－2003年4月4日，A股指数历史行情累计涨幅16.41%。

假设大盘指数涨跌幅度的起算时点从揭露日起至基准日止。举例说明：根据上交所历史数据查询：2002年10月22日－2002年12月23日，B股指数历史行情累计涨跌幅－11.94%。2002年10月22日－2003年4月4日，A股指数历史行情累计涨幅0.08%。

由此可见，如果法院认定“证券市场系统风险”，那么，如何精确计算原告的损失额将是法院面临的重大难题，在司法实践中将会产生更大的争议。

同时，律师认为，大盘综合指数只是表明所有股票的涨跌趋势和幅度，不能代表任何个股的风险。在大盘综合指数上涨的情况下，“大盘系统风险扣除论”将成为谬误。相对于“大盘系统风险扣除论”，“老鼠屎理论”显然更有说服力。

“系统风险扣除论”只是假设了大盘下跌时，原告的损失必须扣除系统风险因素，那么，如果大盘上涨时会是怎样的情形呢？假设在涉及虚假陈述的公司股票下跌50%期间，大盘却上涨了20%，根据“系统风险扣除论”，是不是应该赔偿投资者50%＋20%的损失呢？如此，原告不但没有亏损，相反还可以赚20%？但是，侵权损害赔偿的基本法理是没有实际发生的损失不能获得赔偿，否则便是不当得利。对此，“大盘系统风险扣除论”又作何解

PDG

释呢？很显然，《规定》第19条第四款对此也是无法作出合情合理的解释。

事实上，即使在资本市场较为发达的资本主义国家中，也没有一个国家在审理证券市场民事侵权损害赔偿案件时，考虑所谓的大盘系统风险。

为了更形象生动地驳斥“大盘系统风险扣除论”，律师引用了“老鼠屎理论”：在饭店吃饭可能会碰到这样的情况，即在最后吃汤的时候，发现碗里有一粒老鼠屎，于是大家不仅不会再喝，还会让服务员将汤碗端走。这时，老板却阻止说，这汤还可以喝，只要把老鼠屎剔除，大家继续喝吧。试问，有人继续喝吗？有人仍然为此买单吗？答案显然是显而易见的。汤是否可口好比是系统风险，正常情况下只要点了汤就应当付钱。老鼠屎好比是个股的特殊风险，这是事先不会考虑到的。如果汤里出现老鼠屎，那么有过错的饭店一方将承担全部的风险，而不再考虑汤是否可口的系统风险，汤里有了老鼠屎就不买单是社会普遍接受的公理。

根据上述理由，本所律师认为被告某某港公司依据“大盘系统风险扣除论”减免赔偿责任的理由不能成立。

通过对上述观点的具体分析，可见《规定》第19条第四款法理依据不足，且缺乏可操作性，原告的损失不应扣除大盘系统风险因素。

“某某港”案虽已调解结案，寥寥几百字的调解书中并没有提及如何适用《规定》第19条第四款，但“证券市场系统风险”如何认定对于各地法院在审理其他证券虚假陈述案件时是无法回避的，建议最高人民法院以个案批复的形式或出台新的司法解释予以明确。

PDG

律师在复杂疑难并购重组项目中的作用

——某发电企业集团并购重组某煤业集团项目法律服务评析

陆利忠　成　鹏*

案情简介

A公司是电力体制改革后国务院批准成立的全国性发电企业集团之一，主要从事电源的开发、投资、建设、经营和管理，组织电力（热力）生产和销售，2006年底公司资产总额达1880亿元。由于近年来煤炭价格持续上涨且供应紧张，火力发电企业的生产经营压力逐步加大，发电企业集团间在煤炭等紧缺型资源领域的竞争进一步加剧。为提高竞争力，增强持续盈利能力，A公司决定向上游延伸产业链，开发以煤炭为主的资源性项目，控制一定数量的战略性煤炭资源。

B公司成立于上世纪50年代，2000年改制为国有独资公司，由地方国有资产监督管理部门履行出资人的职责。主要业务为煤炭生产、洗选加工及铁路运输等，现有7个生产矿和1个边生产边扩建矿。煤炭资源总储量18.4亿吨，经济可采储量12亿吨，2007年销售原煤总量超过1500万吨。2007年，B公司通过资产置换完成对某上市公司的重组，成为其控股股东。重组后该上市公司年产煤炭800万吨左右，年净利润预计在2亿元以上。

由于A、B公司处于产业链的上下游，通过并购重组整合资源后，能够充分发挥产业链的协同效应，达到双赢的目的。A公司可以获得长期稳定的电煤供应，B公司可以通过与发电企业的合作保证主营业务的快速发展。同时，利用A公司的资金和B公司的资源，双方还可以在煤化工、铁路等项目上开展合作，增加新的利润增长点。为此，双方通过接触和沟通，达成了并购重组的初步意向。

---

* 陆利忠：男，上海大学管理学硕士，擅长大型基础设施建设项目、公司、证券法律事务，专职律师。
成　鹏：男，四川大学法学硕士，专于公司、证券法律领域，专职律师。

2007 年 8 月,我们事务所在与北京其他几家知名律师事务所的激烈竞争中脱颖而出,凭借自身实力以及在电力能源法律服务领域多年的经验和良好的声誉,成功中标该项目法律顾问。经评估,该煤业集团净资产为 41 亿元人民币,本次并购重组标的金额高达 21 亿元人民币,是目前我国国内电力企业对煤炭企业最大一单投资。

法律意见

本所律师经过一个月左右的尽职调查,发现该公司除作为一个老国企遗留下来的各种问题外,还牵涉到上市公司、债转股的少数股东权益等问题,这些都为本次并购重组造成了一定的困难。另外,由于该公司是某上市公司的控股股东,本次并购重组构成对上市公司的间接收购,而此时又恰逢国资委、证监会联合发布的第 19 号令即《国有股东转让所持上市公司股份管理暂行办法》出台,该《办法》的适用必然会对本次并购重组的价格及审批产生重大影响。面对这样复杂的并购重组项目,我们从尽职调查入手,逐步梳理各种法律关系,对以下问题进行重点研究和分析,并为客户提供了合法可行的解决方案。

一、股权转让价格问题

今年 6 月 30 日,由国资委和证监会联合发布了 19 号令,意在规范国有股东转让所持上市公司股份的行为,推动国有资源优化配置,防止国有资产损失。该办法彻底改变了之前上市公司国有股转让以净资产值为依据确定股权转让价款的做法,转而参考二级市场股价作为定价基础。本次并购重组构成对上市公司的间接收购,根据该办法第 36 条的规定,国有股东间接转让所持上市公司股份的价格应当以国有股东资产评估基准日前 30 个交易日的每日加权平均价格算术平均值为基础确定;确需折价的,其最低价格不得低于该算术平均值的 90%。按照本条规定计算,为达到预先设想的控股比例,A 公司就不得不将收购对价在原来的基础上提高一倍以上,大大增加了并购重组成本,很有可能导致本次重组失败。

19 号令要求转让价格以二级市场股价为定价依据,但股价是不是就能真正反映其真实的内在价值,我们认为还是一个有待商榷的问题。因为现在影响二级市场股价的因素太多也太复杂,如重组预期、题材、甚至包括恶意的炒作等等。据我们了解,自 19 号令出台后,截至目前,以市价为基础成功重组的上市公司还相当鲜见。一边是被市场热捧的股价,一边却是并非

PDG

物有所值的资产质量，在这种情况下，如何得出让双方都认可的公允的价值就是重组能否成功的关键。

鉴于这种情况，我们深入研究了19号令的出台背景及国资委对国有股东转让所持上市公司股份监管的基本思路，其以市价为定价基础主要目的还是为了防止国有资产流失。但上市公司股权重组中存在许多新情况和新问题，不能把所有的股权重组都简单等同于一般意义上的股份转让。因此该办法第二十五条规定了股权定价的两种例外情形。

存在下列特殊情形的，国有股东协议转让上市公司股份的价格按以下原则分别确定：

（一）国有股东为实施资源整合或重组上市公司，并在其所持上市公司股份转让完成后全部回购上市公司主业资产的，股份转让价格由国有股东根据中介机构出具的该上市公司股票价格的合理估值结果确定。

该种例外情形主要是考虑国有股东由于实施资源整合、资产重组等原因可能会选择退出上市公司，回购主业资产（如中石化系列回购案例）。在此情况下，上市公司股价已经不是原资产价值的体现，而更多的是对上市公司重组的预期，如果还采用市场定价原则，将极大地加重国有股东的重组成本，并很可能导致重组无法进行，因此应给予特殊对待。

（二）国有及国有控股企业为实施国有资源整合或资产重组，在其内部进行协议转让且其拥有的上市公司权益和上市公司中的国有权益并不因此减少的，股份转让价格应当根据上市公司股票的每股净资产值、净资产收益率、合理的市盈率等因素合理确定。

该种例外情形主要是考虑企业集团内部的上市公司股份整合如果均采用市场定价，有时会增加企业重组成本，进而会阻碍企业内部的资源整合。而且，由于股份转让在国有企业内部进行，国有单位对上市公司权益不减少，无论股份转让价格高低都不会产生国有资产损失问题，因此可不按市价进行定价。

由于A公司和B公司都是国有独资公司，我们认为本次并购重组不会产生国有资产损失问题，因此首先建议双方与有关国有资产监督管理部门沟通，是否可以参照前述第二种例外情形的规定，根据上市公司股票的每股净资产值、净资产收益率、合理的市盈率等因素合理确定转让价格。

其次，考虑到B公司为国有独资公司，由地方国有资产监督管理机构履行出资人职责，根据《企业国有产权无偿划转管理暂行办法》的有关规定，B公司符合国有产权无偿划转的条件。因此，我们建议A公司与B公司的

出资人协商，由该出资人再成立一个国有独资的辅业管理公司，按照有关规定履行审议职工安置方案、通知债权人、清产核资等程序后，将B公司的非主业资产及部分效益不好的主业资产先行划转至该公司，从而缩小资产评估范围，在不影响上市公司股权价格的基础上，降低总资产评估值。这样就可以在既达到A公司预期的控股比例，又不会损害B公司出资人权益的前提下尽量降低并购成本。

最后，经过与有关部门的沟通，双方采纳了我们建议的第二种方案，在并购的股权比例及价格上达成了一致意见。

二、关于职工安置问题

为缩小资产评估范围、降低并购重组成本而将B公司的部分资产先行划转至辅业管理公司，必然会涉及该等资产范围内职工的安置问题。由于B公司是成立多年的老国企，职工队伍严重老化，对涉及切身利益的劳动关系问题非常敏感，如果处理不当，将导致划转工作无法进行。为保证整个重组进程不会因划转工作受到影响，我们建议A公司与B公司及其出资人协商，以"人随资产走"作为职工划分原则，以期通过工作岗位不发生变化来减小职工对此次并购重组的担忧，同时严格按照有关法律法规的规定履行相应的程序，解决好职工的劳动关系、社会保险等接续工作，确保职工不会因为被划转而使自身利益受到损害；其次由双方在股权转让协议中作出安排和承诺：

1.辅业管理公司每年用于管理所划转的资产和人员的费用，以该部分资产和人员在重组前一年度实际支出金额为基数，由双方在每年的3月底前审核确定，并且在年内一经双方核定即不得变更(如有国家政策调整则按照国家政策执行)；

2.以政策性补贴、股权分红、土地租金及有偿服务等措施解决该项费用的来源，保证辅业管理公司的生存和发展，解除职工的后顾之忧，确保划转工作顺利进行。

三、关于债转股的少数股东权益问题

根据2002年原国家经济贸易委员会有关文件，B公司为第三批实施债转股的企业。根据其与有关资产管理公司签署的债转股协议及政府的批复，发起设立债转股公司，B公司以部分经营性资产出资，资产管理公司以债权转股权出资。但B公司作为出资的资产一直未办理资产过户手续，未

PDG

履行对债转股公司的出资义务,而且根据目前的状况,B公司也已经没有完成其出资义务的可能。

债转股公司自成立以来,与B公司一直存在资产混同、业务混同、财务混同和人员混同的情况,因此,我们建议A公司及B公司在本次并购重组中可以考虑将债转股公司吸收合并,并根据各资产管理公司债转股的具体情况,分别与其协商解决。债转股数额较大的可以评估价值为依据,在重组后的新公司中占有一定份额的股权;债转股数额较小的可以在豁免部分债权的前提下,由B公司以现金回购。同时,为敦促B公司及其出资人积极解决上述债转股事宜,保证A公司在并购重组中的利益不会因为上述事项受到损害,我们在股权转让协议中规定对方必须承诺妥善解决有关资产管理公司的债转股事宜,保证A公司本次受让股权事宜及受让的股权比例、数额不因上述债转股事宜而受到影响,并且规定了详尽的违约责任。由于妥善考虑了资产管理公司的权益并与之充分协商,避免了因此产生纠纷而影响重组进程。

四、关于土地问题

B公司是一个成立多年的老国企,其生产经营用地以前全部都是以无偿划拨方式取得。根据《国有企业改革中划拨土地使用权管理暂行规定》的相关规定,该部分土地应以出让、授权经营或作价出资(入股)等方式取得。由于历史遗留问题,B公司目前实际占有使用的土地中还有一部分没有办理土地使用权证也未获得授权经营,将来涉及的办证费用或者为获取授权经营而转增国家对重组后新公司的出资,都将对本次并购重组造成影响。因此我们建议A公司与B公司出资人协商,将该部分土地随同其他资产一起划转至辅业管理公司,待本次重组完成后由新公司根据生产经营需要,按照国家有关规定以有偿租赁的方式租回,这样既满足重组后新公司生产经营需要,又降低了并购的成本,加快了重组的进程,同时还可以满足一部分辅业管理公司费用需要。

五、矿业权资源价款问题

由于B公司下属各矿的矿业权资源价款目前大部分未缴纳完毕,根据财政部、国土资源部《关于深化探矿权采矿权有偿取得制度改革有关问题的通知》(财建〔2006〕694号)的规定,将来无论以现金缴纳还是以折股方式缴纳,均对本次并购重组构成实质影响。另外,对未按规定足额缴纳探矿权、

PDG

采矿权价款的探矿权、采矿权人，有关国土资源管理部门有权按照国务院令第 240 号和国务院令第 241 号文件的有关规定进行相应处罚，对勘查、采矿许可证到期的，不再办理延续手续。因此我们提醒 A 公司在与对方谈判时应重点关注该问题对并购价格及重组后新公司正常生产经营的影响。

经典评析

根据并购重组双方的具体情况，公司之间的并购重组有可能相当复杂，涉及多个中介机构及相关政府部门。以该并购重组项目为例，除上述问题外，还涉及目标公司资产权属、上市公司信息披露、国有产权转让审批、要约收购豁免等问题，重组过程涵盖了《公司法》、《证券法》、《企业国有资产监督管理暂行条例》、《企业国有产权转让管理暂行办法》、《国有股东转让所持上市公司股份管理暂行办法》、《上市公司收购管理办法》等多部法律法规的综合运用，对律师的专业水准提出了很高的要求。律师的作用不仅仅在于通过尽职调查发现目标公司存在的可能对并购重组构成实质性障碍的法律问题，也不仅仅在于出具相应的法律意见和起草各种法律文件，还表现在及时解答客户及其他中介机构提出的法律问题，积极为客户出谋划策，设计方案，对各种法律障碍提出合法可行的解决办法，以我们大量艰苦细致的工作，协助客户共同推进项目顺利进行，帮助客户以最小的代价实现预期目标。

违法清算公司注销后，股东是否担责

——某建设集团公司诉某休闲会所公司四股东违法清算注销公司后财产损害赔偿案件评析

张震宇*

案情简介

1.某休闲会所有限公司(以下简称“休闲会所”)由四个自然人股东于2003年3月投资设立，公司类型为私营有限责任公司，注册资本300万元。2003年1月，某建设集团公司(以下简称“建设集团”)与第三方签订了会所装饰合同，由建设集团包工包料承建会所的装饰工程项目。休闲会所设立后，由建设集团、第三方和休闲会所签订《协议书》一份，将该工程项目发包人由第三方变更为休闲会所，原合同中第三方的权利义务由休闲会所概括承继。工程竣工后，工程造价为6895634元，休闲会所支付工程款3335967.20元，尚欠3300385.10元。建设集团催讨未果，于2005年3月向某市仲裁委员会提出仲裁申请。2005年7月，仲裁裁决休闲会所支付建设集团工程款3300385.10元及自2004年2月28日起算的利息和仲裁费40770元。

2.2005年1月休闲会所召开股东会，决定解散公司。休闲会所因此成立了清算组，并于2005年11月作出了公司清算报告。清算报告表明，休闲会所就清算事宜已进行过公告，“截至2005年5月31日，休闲会所共有总资产165万元、总负债143.63万元，净资产20.37万元，债务已全部清偿完毕，剩余净资产由四股东按出资比例分配”。同时，四股东对清算报告进行了确认，并表示如有虚假，全体股东愿意承担一切法律责任。2005年11月18日，休闲会所被注销。

---

* 张震宇：男，毕业于浙江大学法学院，擅长公司、投融资业务，专职律师。

PDG

3.建设集团于2006年2月向某市中级人民法院申请执行该生效裁决书,被执行人为休闲会所。同年3月30日,建设集团发现休闲会所被注销,但并未通知债权人建设集团,也没有履行公告义务,在未对建设集团清偿债务前私分公司财产,因此,建设集团以违法清算为由向中级人民法院申请追加休闲会所四股东为被执行人。中级人民法院并未追加四股东为被执行人,经拍卖建设集团查封的休闲会所财产后取得款项294395元,此后由于休闲会所无财产可供执行,中级人民法院于2006年11月27日作出终结执行的民事裁定书,并且在裁定书中明确申请执行人为建设集团,被执行人为休闲会所。

4.2007年10月,建设集团认为休闲会所四股东未依法履行清算义务,骗取了工商部门对休闲会所的注销,致使建设集团债权无法得到清偿,给建设集团造成巨大损失。故诉至某市区级人民法院,请求判令休闲会所四股东连带赔偿建设集团3300385.10元及违约金505949元、连带清偿到期工程保修金349281.70元和仲裁费40770元、申请执行保全费15520元,合计4211905.80元。

争议焦点

本案中,双方对于事实部分均没有异议,建设集团的债权真实,休闲会所四股东组织清算时清算组成员不合法、未通知债权人建设集团以及未公告等情况亦属实。因此,双方并未对事实问题展开争论,争议焦点集中在违法清算注销公司后股东是否应承担责任,以及承担责任的范围。

1.建设集团认为,四股东未履行清算义务,以欺诈手段骗取登记主管机关办理公司注销登记,行为属于侵害债权的侵权行为,四股东应对公司的债务承担赔偿责任,责任承担应以建设集团的损失为限,即债权未实现部分(4211905.80元)。庭审中,建设集团向审理法院提交某省高级人民法院类似案件的二审判决书,作为判例支持。

2.笔者作为休闲会所四股东的代理人,认为四股东的清算行为无效,自始不发生法律效力,不能产生公司注销的法律后果,休闲会所法人主体继续存在,属于清算法人状态,应由休闲会所独立对建设集团的损失承担责任,四股东不承担责任。同时,笔者向审理法院提交中级人民法院强制执行休闲会所的执行案件中建设集团要求追加四股东为被执行人的《申请书》,证明中级人民法院得知休闲会所注销且建设集团申请追加四股东为被告的情况下,2006年11月27日作出终结执行的《民事裁定书》,明确被执行人为

休闲会所,并非四股东,说明中级人民法院经审查后,认定休闲会所法人主体仍然存在,该事实以生效法律文书即《民事裁定书》予以确认。

审理结果

双方最终达成如下调解意向,法院在此基础上出具《民事调解书》:

1.休闲会所四股东共向建设集团支付工程款230万元,分期支付,于2008年1月27日前支付第一期50万元,余款180万元自2008年3月起分十期分别于每月25日前向原告支付18万元,至2008年12月25日前付清全部款项;

2.如四股东未按期足额支付任何一期工程款,建设集团可就全部未付款项一并申请法院强制执行;

3.案件受理费40495元,除根据《诉讼费用交纳办法》的相关规定退还建设集团20247.5元外,剩余20247.5元及财产保全申请费5000元由建设集团自行负担;

4.就中级人民法院强制执行休闲会所的执行案件,建设集团承诺放弃继续执行休闲会所财产的权利;

5.建设集团自愿放弃其他诉讼请求,双方无其他争议。

经典评析

笔者发现在类似案件中,作为被告的股东抗辩理由多数是"股东以出资额为限对公司承担责任,对公司的债权人不直接承担责任","股东以违法清算私分公司财产为限对公司债权人承担责任"等。然而,不论是《最高人民法院关于审理解散的企业法人所涉民事纠纷案件具体适用法律若干问题的规定(征求意见稿)》,还是学术理论性文献以及判例,倾向性意见是股东违法清算注销公司应对债权人承担全部责任。主要理由:一是办理注销过程中,股东通过登记主管机关对所有潜在债权人承诺"清算报告内容不含虚假,如有虚假全体股东承担一切法律责任",构成股东承担清偿债务的对公承诺;二是公司注销导致债权人的债权落空,债权人通过虚假的清算报告无法确定股东侵占公司财产数额的情况下,鉴于清算资料由股东控制,因此股东负有证明注销时公司财产状况的举证责任,否则股东应对债权人承担全部责任。

上述观点及判例均以违法清算注销后法人主体不存在为基础,作为被告如果认可法人主体不存在,而以股东承担责任的范围作为辩论重点,则败诉结果很难避免。结合本案,笔者以法人主体是否存在作为辩论重点,动摇

股东承担责任的理论基础，进而主张休闲会所法人主体存在，四股东不承担责任，作出如下代理意见：

1. 建设集团诉称休闲会所在清算过程中，清算组成员组成不合法，未履行公告、通知债权人的义务，认为“清算组未履行该职责，违反了法律强制性规定，其清算行为无效”。根据《民法通则》第58条第2款规定：“无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。”由此可知，休闲会所实施无效的清算行为，自始没有法律效力，休闲会所不能依据无效的清算行为导致公司注销、法人主体消亡的结果，休闲会所法人主体仍然存在，并不因无效的清算注销而消亡，应当由休闲会所独立承担对建设集团的债务。

2. 登记主管机关办理公司设立、注销时仅为形式审查，不作实质审查，法院可依据事实作出独立判决，认定法人主体是否存在。本案中，工商登记中显示休闲会所已经“注销”，但工商登记内容与事实不符时，应当以事实为准，如上所述应认定休闲会所主体仍然存在。换个角度，以公司设立登记为例，若股东实际未履行出资义务，但公司取得工商设立登记，从登记公示角度来看，公司法人已经存在，应当独立承担民事责任。但在诉讼过程中，由于股东未出资导致公司法人主体自始不存在，由股东对外承担责任，这就是“法人人格否定”制度。如果股东仅仅以工商登记显示公司已经设立为由，主张应由公司承担责任，相信这样的抗辩理由显然不会得到支持。这是典型的工商登记内容与客观事实不符时，以客观事实为准的案例，司法理论及审判实践均已形成共识。由此及彼，在本案中，由于休闲会所无效的清算产生了工商登记“注销”的结果，但事实上并未产生合法清算的法律效力，即休闲会所主体仍然存在，当两者存在矛盾时，以客观事实为准，应当认定休闲会所主体存在。

3. 根据中级人民法院强制执行休闲会所的执行案件中案卷材料，能够反映出执行法院在知悉休闲会所因无效清算而被注销后，仍认为休闲会所主体存在，不受无效清算注销的影响，作出以休闲会所为被执行人的民事裁定书。如果本案中法院最终判令四股东对建设集团的债权承担全部责任，势必与生效法律文书确定的内容相冲突，客观上造成建设集团重复受偿，有失公平。

庭审后，建设集团出于利益权衡的考虑，选择与休闲会所四被告达成调解协议，《民事调解书》内容能够反映出双方利益以及心理博弈的最终结果。

股权多次转让的法律效力

——关于一起中外合资有限公司股权转让合同纠纷案的评析

郑金都　项山卫*

案情简介

A制衣有限公司成立于1992年，系中外合资经营企业，注册资本50万美元，中方B服装有限公司以实物出资35万美元占70%，外方李某出资15万美元占30%。合资合同约定，任何一方向第三者转让其全部或部分出资额时，须经另一方同意，并报外经贸部批准，另一方有优先购买权；合资公司注册资本的增加、转让应由董事会全体董事一致通过方可作出决定。B服装有限公司系C集团公司全资拥有。A、B、C集团公司法定代表人均为沈某。

1996年，李某（甲方）与A制衣有限公司（乙方）签订一份协议书，约定甲方投资于乙方的15万美元，乙方于1996年3月20日全部归还甲方，现经双方协商，董事会讨论，同意签订以下协议：1. 乙方今后每年支付甲方红利人民币15万元，共支付12年；甲方只享受上述红利分配权，不参与合资企业的生产经营管理，合资企业现有和以后的一切资产和增值情况也跟甲方无关，甲方不拥有资产所有权，合资企业的盈亏情况也跟甲方无关；如果乙方不能每年支付甲方人民币15万元，由C集团公司担保支付。C集团公司作为担保方在协议上盖章。张某作为B服装有限公司的代表，沈某作为C集团公司的代表，在该协议上签字。

2002年，B服装有限公司、C集团公司与张某签订股权置换、转让的有关协议，约定张某受让B服装有限公司所持有A制衣有限公司的70%股

---

* 郑金都：男，原杭州大学（现浙江大学）法学学士，中国政法大学法学硕士，美国密苏里大学法学院访问学者，主要从事公司、金融、涉外法律业务，专职律师。

项山卫：男，浙江大学法学学士，主要从事公司、金融法律业务，专职律师。

权,C集团公司享有外方30%的股权和所有权利,C集团公司董事长替代外方董事地位;张某在受让股权后,对A制衣有限公司享有资产处置、对外投资、对内经营管理等权利,C集团公司仍享有原外方在A制衣有限公司的30%股份及股东权利,但不参与经营管理。C集团公司享有的外方30%股权为优先股,A制衣有限公司每年支付C集团公司固定分红50万元。

2005年7月,C集团公司向李某出具了一份确认书,并由C集团公司法定代表人沈某签字,公司盖章。内容为:A制衣有限公司由于中方股东改制原因,对中方持有的70%股权和法人代表进行转让和变更,外方的投资和利益不受任何影响,根据A制衣有限公司的合同和章程,外方股东李某所占的30%股权仍属李某所有。笔者认为都应依据合同法予以确认。李某据此确认书向张某提出要求将其在A制衣有限公司的30%股权转让给张某。

2005年8月12日,张某(甲方)与李某(乙方)就股份及利润分配问题签订协议书一份,约定:由甲方给予乙方历年分红的补偿共计人民币80万元,上述款项支付后,乙方在A制衣有限公司已不存在任何分配利润。8月15日,张某(甲方)与李某(乙方)又签订补充协议书一份,约定,鉴于双方已于2005年8月12日就乙方在A制衣有限公司的股份和利润分配问题签订了协议书一份,乙方原投资于A制衣有限公司的15万美元已经由A制衣有限公司于1996年归还乙方,经协商,约定:2005年8月12日协议书的付款方式改为本协议签订之日付3万美元,并就其余款项支付作了约定;自本协议签订后并甲方支付3万美元之日起,直至合同期满,乙方均不再享有A制衣有限公司的股东身份,乙方也不得以任何理由要求获得A制衣有限公司的利润分配;A制衣有限公司存续期内及合营终止后,A制衣有限公司的所有财产均由甲方享有,乙方不以任何理由向甲方要求返还;本协议与2005年8月12日协议不一致的以本协议为准。

2005年11月28日,李某为出让方、C集团公司为受让方,又签订了一份股东转让出资协议,约定:出让方将拥有的A制衣有限公司30%的15万美元股权以人民币546万元转让给C,以李某与C的往来款426万元及现金40万元为该股份转让的出让金,剩余80万元在办妥工商变更登记后支付。2005年11月25日,李某出具收条一张,内容为收到C集团公司股权转让款40万元。C集团公司并将上述事项通知了张某,要求其在指定期限内行使优先购买权。

2005年12月3日,张某致函C集团公司和李某,提出异议。

2006年3月，C集团公司向法院起诉李某和张某，请求判令：1.李某持有的A制衣有限公司30%股权归C集团公司；2.两被告履行协助义务，与原告共同办理股权变更的审批手续和工商变更手续。

本文作者与本所的其他律师代理了张某的一审、二审诉讼。

争议焦点

本案的争议焦点是：

1.1996年A制衣有限公司与李某签订的协议书的性质、法律效力；

2.2005年8月，张某与李某签订的协议书、补充协议书的性质及其法律效力；

3.2005年11月28日，李某与C集团公司签订的协议书的性质及法律效力；

4.法院可否直接判决中外合资经营企业的股权归属。

审理判决

一审法院认为，C集团公司与李某1996年签订的协议系当事人真实意思表示，内容系股东对其享有的股东权益的处分，不违反国家法律、行政法规的强制性规定，应属有效。因被告李某已经将投资款收回，其虽保留股东身份，但仅享有红利分配权，而不再享有其他股东权益。A制衣有限公司的中方投资者系原告C集团公司的全资子公司，被告李某、张某均承认该款系原告C集团公司的法定代表人沈某所支付，故法院确认该款系原告C集团公司支付。同时，被告张某与原告C集团公司在股权置换中明确A公司外方投资的30%股份归原告C集团公司所有，而事实上，自1996年之后，被告李某的股份除分配红利权外的其他股东权益也是一直由原告C集团公司行使，被告李某对此并无异议，也明确股权应转让给原告C集团公司，因此，原告C集团公司从1996年开始就已经取代被告李某行使在A制衣有限公司的30%股份中除分配红利权以外的其他股东权益。2005年11月28日李某与C集团公司的协议是就股东身份的最终转让，具有法律效力。原告C集团公司通过A公司与被告李某的1996年签订的协议以及与被告李某于2005年11月28日签订的协议最终取得了A公司30%的股份，取代被告李某成为A制衣有限公司30%股东，故原告主张被告李某所持有的A公司股权归其所有并要求被告张某、李某协助办理股权变更手续的请求正当，本院予以支持。

被告李某与张某2005年8月15日的补充协议内容实质属于股权转让

协议，被告李某的行为属于无权处分行为；被告李某、张某并未提供证据证明被告李某的处分行为已经得到原告C集团公司的授权，原告C集团公司事后也不予追认，故被告李某与张某2005年8月15日的补充协议中关于被告李某将其持有的A制衣有限公司30%股份转让给被告张某的内容无效。对于被告张某认为原告C集团公司在2005年7月出具确认函确认李某是A公司30%股份股东身份的抗辩，法院认为，A公司并未向有关部门办理股东变更事项，李某仍属于A公司外方股东，C集团公司于2005年出具的函仅是确认李某作为A公司30%股份股东身份，其与C公司取代李某行使并享有除分配红利权之外的股东权益不矛盾。

综上，一审法院判决支持了原告的全部诉讼请求。

判决后，张某不服，提起上诉。二审期间，双方当事人自行协商达成和解。

经典评析

本案涉及三次股权（产权）转让和三次协议书，第一次发生在1996年，由李某与A制衣有限公司、C集团公司（担保人）签订；第二次发生在2005年8月，由张某与李某签订；第三次发生在2005年11月，由李某与C集团公司签订。究竟哪一次转让是有效的，对此焦点问题，各方展开了激烈的辩论。在一审和二审的代理中，作者提出了以下观点。

一、关于1996年协议书的性质以及其法律效力

笔者认为，公司不能与股东签署协议，返还给股东投资款，否则即构成抽逃出资。1996年协议因李某涉嫌抽逃出资而无效，协议发生在A制衣有限公司与李某之间，而与C集团公司无关，款项也不是C集团公司所支付。即使该协议内容有效，也不产生C集团公司取得股权或除分红权以外的股东权益的法律效果。首先，协议主体是李某和A制衣有限公司，与C集团公司无关（C集团只是担保方）。其次，协议的内容是确认A制衣有限公司已经将股款归还给甲方并约定分红等事项。第三，李某的股款15万美元和以后每年15万元人民币的红利，按协议书，是由A制衣有限公司支付给李某，A制衣有限公司实际上也支付了该15万美元。第四，张某在一审时陈述，投资款系时任A制衣有限公司董事长的沈爱琴（即C集团公司法定代表人）所同意并决定支付的，而不是说该款是C集团公司支付的，一审判决对这一事实的认定错误。因此，本协议应认定无效。

再退一步讲,即使可以返还投资款,也只能导致公司减资,而不能导致原中方股东享有100%股份。公司持有自身股份的情况下,公司负有向工商部门减资的法定义务(参照新《公司法》第143条),而不导致另一股东即C集团公司持有该部分股份的法律后果。在公司持有自己股份的情形下,实际上中方仍只有相当于原注册资金70%的股份,但支配了100%的公司财产。

2002年C集团公司与张某签订的《股权置换方案意向书》的对外方30%股权的规定仍然不足以说明C集团公司享有A制衣有限公司30%股份。假设1996年协议书有效,笔者认为,根据《股权置换方案意向书》,由于李某收回投资款后,公司账面所有者权益实质上只剩下70%,外方30%的股份由于已经返还投资款,实际上已不存在。而张某从C集团公司受让股份时是以账面所有者权益为基础折算出70%股份的价值,因此,张某受让的实际上是A制衣有限公司100%的股份和资产。假设1996年协议书无效,则《股权置换方案意向书》中对30%股份的不明确约定不产生确权的效果,股份仍归李某所有。

二、关于2005年张某与李某签订的协议书、补充协议书的性质及其法律效力

2005年张某与李某签订的协议书、补充协议书的实质是股权转让协议,该两份协议的签订是以2005年7月C集团公司出具的《确认书》为基础。《确认书》明确承认李某是A制衣有限公司的外方股东,说明C集团公司不享有A制衣有限公司股权,因此该协议真实有效。且该协议已经履行,张某先后支付了7万美元。

该两份协议与1996年的协议书和2002年《股权置换方案意向书》均不矛盾,李某有处分权。因为根据笔者的分析,1996年协议书是无效的,2002年《股权置换方案意向书》与之相应的内容也自然无效。1996年协议如有效,则也只是A制衣有限公司将投资款付给李某,C集团公司没有付过款,无权取得该30%的股权。

三、关于2005年11月李某与C集团公司签订协议的效力

首先,该协议内容虚假,应确认无效。笔者认为,该协议的内容是股份转让,对价是人民币546万元,其中,以李某的往来款426万元与C集团公司的应付股权转让款相抵,该所谓的往来款是虚假的,以此要求张某行使优先购买权不符合公司法和公司章程。

该协议所转让的权利性质是股权，而不是分红权，该协议中也没有提到1996年协议书，两份协议是根本矛盾。如1996年协议真实，则2005年的这份协议就是虚假的。一审法院认为，该协议可以结合1996年协议书来认定C集团公司享有股权是错误的。

2005年12月，C集团公司是通知张某根据该协议来行使优先购买权，而不是要求根据1996年协议书来确认C集团公司享有股东权。一审诉讼也是据此提起，故应严格按照该协议来审理案件。

其次，李某在已经将股份转让给张某的情形下，又进行转让是无权处分行为，是缺乏诚信的。

第三，也是最重要的，该转让协议违反合营合同、章程、中外合资经营企业法及其实施细则，应确认无效。

这一部分也是庭审中各方争议的焦点。笔者认为，相关法律法规和规章都规定了合营企业股权的转让必须经合营他方同意并经外经贸主管部门审批，否则转让无效。如《中外合资经营企业法实施细则》第二十条，"合营一方向第三者转让其全部或者部分股权的，须经合营他方同意，并报审批机构批准，向登记管理机构办理变更登记手续。""违反上述规定的，其转让无效。"对外贸易经济合作部、国家工商行政管理总局关于印发《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》的通知（[1997]外经贸法发第267号）第三条，"企业投资者股权变更应遵守中国有关法律、法规，并按照本规定经审批机关批准和登记机关变更登记。未经审批机关批准的股权变更无效。"第二十条，"股权转让协议和修改企业原合同、章程协议自核发变更外商投资企业批准证书之日起生效。协议生效后，企业投资者按照修改后的企业合同、章程规定享有有关权利并承担有关义务。"同时，A公司的合营合同和章程中也作了类似的规定。

笔者认为，从法律原理上说，股权转让合同的成立与生效是两个不同的概念，股权转让合同经双方当事人签署后成立，并经外经贸部门审批后生效。这一点，笔者可以去参考《合同法》的规定。《合同法》第四十四条规定，"依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。"这一条正确区分了合同的成立与合同的生效。因此，审批机关未批准，并不会导致合同无效。但是，中外合资经营企业法实施条例却规定未经审批机关批准的股权变更无效。这属于立法技术上的先天缺陷。

为此，笔者在庭审中主张该协议无效。

有趣的是，如果笔者主张李某与C集团公司的转让协议无效的话，则张某与李某的转让协议也应当同理认定无效。但是，由于本案是原告C集团公司起诉要求确认其股权，所以，只要法院认定李某与C集团公司的转让协议无效，笔者就达到胜诉的目的了。至于我方当事人的协议的效力，根本无须关注。

但是，一审法院参考了国家工商总局《关于外商投资企业股权争议问题处理意见的通知》的规定，认为法院有权作出裁决。笔者认为，该通知仅仅是规定如对股东权属有争议的，应经司法、仲裁机关确认权属并依法定程序办理审批和变更登记手续，但该规定没有赋予法院确认股权转让效力的权力。也就是说，该通知的精神是司法机关可以在一定情况下确认股东权属，但无权确认股权转让的效力，更无权直接判令股权归属C集团公司。否则，外经贸主管部门的审批权就要受到侵害。如果外经贸主管部门不予批准，将导致司法权与行政权对同一事项认定的矛盾。

此类涉及股东权益的纠纷案件一般事实较为复杂，且往往有历史原因，法官处理起来也比较棘手，如果简单地套用法条，很难妥善解决。二审期间，正是双方当事人清楚地认识到这一点，才能够达成和解。可以说，最终比较圆满地解决了本案。



建筑与房地产篇



补偿标准的提高还是补偿金额的提高

——安置补偿协议纠纷一案评述

姚　杰　崔满兴*

一、案情简介

原告(二审上诉人):谢某

第一被告(二审被上诉人):中国民用航空某某安全监督管理办公室(以下简称民航安监办)

第二被告(二审被上诉人):杭州某某房产实业有限公司(某某房产)

2002年,民航安监办依法取得拆许字(2002)第52号《房屋拆迁许可证》实施房屋拆迁。谢某原居住的下焦营巷8号1单元301室属拆迁范围。民航安监办委托原某某房屋拆迁公司实施拆迁。2002年9月30日,谢某与民航安监办、原某某房屋拆迁公司签订了房屋拆迁货币补偿协议。约定每平方米的补偿价格为6015.11元。同日,原被告双方签订了拆迁补充协议一份,约定如被告对2002年10月3日后未搬迁拆迁户的补偿标准和搬家费提高,民航安监办应补偿谢某提高部分。嗣后双方履行了房屋拆迁货币补偿协议。2006年3月,谢某得悉民航安监办于2005年7月安置给了原下焦营巷8-2-204室住户(郭某)朝晖三区44幢502室,建筑面积58.71平方米住宅一套,而该户原面积为37.03平方米。为此,民航安监办支付了购房款425000元,交税18000元,奖励安置费10800元。谢某认为按该住户原面积计算,民航安监办的安置标准已提高到每平方米12000元。故于2006年4月17日诉至法院,要求被告民航安监办、某某房产给付谢某因提高拆迁补偿标准的补偿费380579.15元。

---

* 姚　杰:男,专职律师。
崔满兴:男,专职律师。

2006年7月25日，谢某诉民航安监办、某某房产安置补偿协议纠纷经一审法院(2006)下民一初字第744号民事判决书判决败诉。该判决驳回了谢某的诉讼请求，同时判决一审诉讼费用由谢某承担。

2006年8月14日，谢某不服一审判决，认为一审判决所依据的拆迁补偿金额的提高是客观原因，属于免责事由，且原被告双方签订的货币补偿协议同被告与参照住户签订的异地安置补偿协议属于不同性质的协议，不具有可比性的判决理由是错误的，且以一审判决结果的法律依据不足等理由，向杭州市中级人民法院提起上诉。

该案二审经由二审法院审理，最终以“因被拆迁房屋本身价格变化引起的补偿费的差别，不能简单认定为是补充协议约定的补偿标准的提高”、“谢某以与其用以比较的2005年6月被安置的拆迁户因安置方式不具有同一性、安置时间相隔过长而无法比较”为由，于2007年3月2日作出(2006)杭民一终字第1191号民事判决书判决驳回上诉人谢某的上诉，维持原判，二审案件受理费由谢某承担。

该案审理期间，本文作者受第一被告民航安监办的委托担任其代理律师，并在进行了充分的证据调查的基础上，针对原告的诉讼请求，为第一被告提供了充分、有力的抗辩，维护了委托人的合法权益。

二、争议焦点——第一被告是否提高了房屋拆迁的补偿标准

(一)一审判决情况

2006年7月25日，一审法院作出(2006)下民一初字第744号民事判决书。

一审法院认为，谢某与民航安监办、原某某房屋拆迁公司2002年9月30日签订的拆迁补充协议，其目的是在同等条件下使先、后搬迁的住户享受同样的补偿安置待遇。现谢某依据民航安监办在2005年6月出资购买房屋安置他人作为对比条件，要求民航安监办、某某房产支付提高标准部分的补偿费理由不足。其理由是，2002年至2005年是杭州市房地产市场迅速发展的时期，也是房价上涨最快的时期。2002年的补偿标准在今天已无法购买到同类地段同类型的房屋。因此民航安监办出资42万余元购置朝晖的房屋异地安置他人，是房地产市场的客观因素造成的，并非民航安监办主观上提高了补偿标准。虽然该住户的安置面积大于被拆迁房屋，由于地域差异，应予以扩面，民航安监办安置该户的系二手房，面积扩大在情理之中。再则，谢某与民航安监办、原某某房屋拆迁公司签订的是货币补偿协

议，而谢某据以参照的对象是异地安置。二者缺乏可比性，但均符合拆迁法规。据此，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，判决：驳回谢某的诉讼请求，案件受理费由谢某承担。

(二)二审判决情况

2007年3月2日，二审法院作出(2006)杭民一终字第1191号民事判决书。

二审法院认为，谢某与民航安监办、原某某房屋拆迁公司2002年9月30日签订的房屋拆迁货币补偿协议、拆迁补充协议系双方当事人自愿签订，合法有效。事实上，众所周知，2002年至2005年是杭州市房地产市场迅速发展的时期，也是杭州商品房价格涨幅最快的时期。谢某与民航安监办、原某某房屋拆迁公司签订房屋拆迁货币补偿协议是在2002年9月，而其用以比较的房屋是在2005年6月被拆迁安置的，故谢某的房屋被拆迁时的价格与其用以比较的房屋被拆迁时的价格本身就存在很大差异。因被拆迁房屋本身价格变化引起的补偿费的差别，不能简单认定为是补充协议约定的补偿标准的提高。而且民航安监办出资42万余元购置朝晖的房屋异地安置他人，虽然该住户的安置面积大于被拆迁房屋，但由于地域差异，又系二手房，故民航安监办予以扩面安置该户。谢某以与其用以比较的2005年6月被安置的拆迁户因安置方式不具有同一性、安置时间相隔过长而无法比较。因此，谢某以补充协议约定的“如甲方在2002年10月16日之后对未搬迁的下焦营巷8号其余拆迁户补偿标准和搬家费有所提高并继续实行拆迁奖励”中“补偿标准”提高为由，要求民航安监办、某某房产支付提高标准部分的补偿费理由不足，本院不予支持。综上，原审判决认定事实清楚，实体处理正确。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第153条第一款第(一)项之规定，判决驳回上诉，维持原判。案件受理费由谢某承担。

三、经典评述

本案性质属于安置补偿协议纠纷，在案件审理过程中当事人双方对补充协议中补偿标准是否提高产生了很大的争议。民航安监办2005年对郭某的异地安置补偿是否提高了补偿标准？如果没有提高，则原告谢某的诉讼请求就不能成立，被告就无需支付相应的补偿款差额。在审理过程中，第一被告的代理人紧扣这一主题，对该问题进行了详尽而又充分的论证，最终成功地维护了委托人的合法权益。现结合前述之案件争议焦点作如下评述：

被告是否提高了房屋拆迁的补偿标准

众所周知，房屋拆迁补偿的目的是使被拆迁人因拆迁行为而造成的损失能得到体现相应对价的补偿，无论这种补偿是用货币方式还是产权置换方式。

本案谢某搬迁的时间和郭某的实际搬迁时间分别为2002年9月30日和2005年6月，期间相隔长达近3年的时间，而这三年的时间是我国房屋价格持续大幅度上涨的时期，这是一个不争的事实，表现在杭城则尤为突出。同一房屋以前两个时间点来对比衡量，房价翻一番完全是符合杭城房地产市场持续大幅度上涨的趋势和走向的。因此，不能有违客观事实和生活常理，无视时间差异而简单地以房屋总价的绝对值来衡量被告是否提高了拆迁补偿标准。

解读谢某同民航安监办之间的拆迁补充协议，不难发现该协议所指的对2002年10月16日之后未搬迁的其余拆迁户补偿标准有所提高，显而易见指的是拆迁户从被拆迁房屋市场价值(合理对价)以外又获得了拆迁单位民航安监办给予的额外经济利益。结合本案情况，郭某除获得体现房屋市场价值的合理对价外，并未能从拆迁单位民航安监办处获得其他的额外经济利益。

因此，在对下焦营巷实施拆迁的过程中，民航安监办始终是以同一标准，也就是以被拆迁房屋当时所体现的市场价值为对价开展拆迁补偿工作的，并不存在提高房屋拆迁补偿标准的事实。

“逾期”交房责任由谁承担？

——谢某等70余户业主诉房产开发公司商品房买卖合同纠纷案

陈月棋　吴方荣*

案情简介

某楼盘在2005年12月底开始通知业主交房，部分业主在验房时发现了一些质量问题，向房产公司提出交涉，同时通过在交房现场发放传单、网络发帖等形式联系其他业主集体拒收该楼盘，部分业主还到省信访局多次上访。一时，多达几百户的业主明确拒绝收房，要求开发公司进行整改，并承担整改期间的逾期责任。

因其时在司法实践中，对于商品房交付使用条件和整改期间的逾期责任承担等问题均存在争议，开发公司在处理时觉得压力很大。本所律师在介入该事件的处理（非诉讼）后，认为商品房在通过国家规定的各项验收取得《竣工验收备案表》，且开发公司按合同约定寄送了交房通知书后，应认定该商品房已达到交付使用条件，并据此与业主代表进行了多次沟通，其后，大部分业主接收了房屋。

2006年7月13日，谢某等74户业主向一审法院提起诉讼。原告在起诉状中称，该楼盘有以下方面未完成或不符合要求：

（1）小区配套未达到合同、沙盘模型及楼书的约定；

（2）擅自改变景观方案；外墙材料改成面砖贴面；

（3）未安装中空玻璃、安全存在严重隐患；

（4）房屋渗漏严重；

* 陈月棋：男，毕业于中国农业大学（工程）、浙江大学（法学），华东政法大学研究生进修班在读，主要执业领域为房地产开发、项目并购、基础设施融资等，专职律师。
吴方荣：男，毕业于浙江大学，浙江大学硕士研究生在读，主要执业领域为房地产开发、项目并购等，专职律师。

(5)进户门挡住部分户型的电梯门;

(6)卫生间及厨房管道阻火圈未安装等问题。

原告据此认为该商品房不具备交付使用条件,并提出了三项诉讼请求:

(1)判令被告立即对未完成部分进行整改或建设,及时向业主交付符合合同、沙盘模型及楼书约定和国家相关规定的房屋;

(2)判令被告向业主支付逾期交房违约金;

(3)判令被告承担案件诉讼费用。

因该案涉及商品房的交付使用条件是什么、开发商是否承担整改期间的逾期交付责任、法院是否能直接认定楼盘是否满足国家规范等众多敏感法律问题的界定,而这些问题的界定对于整个杭州市乃至浙江省楼盘的交付均会产生重大的冲击,该案顿时成为省内各级法院、政府主管部门、开发企业广泛关注的案件。

2006年10月中旬,一审法院连续公开开庭审理此案,并于2006年11月17日作出一审判决。一审判决后,谢某等52户业主不服,向二审法院提起上诉,认为一审事实认定不清,适用法律错误,要求撤销一审法院的民事判决并支持其全部诉讼请求。

上诉人的上诉理由中除了一审所提出的理由外,还向法院陈述有48户业主未收到开发公司寄送的交房通知书,同时认为该楼盘三期曾出现沉降速率过快的问题,应当书面告知业主而没有告知。

二审法院于2007年1月24日、6月15日两次开庭,并于2007年7月3日作出终审判决,驳回谢某等上诉人的上诉请求,维持滨江区人民法院作出的一审判决。

争议焦点

1.关于本案所涉商品房交付使用条件是否成就

这是本案最主要的焦点问题。如果交付使用条件成就,则原告的诉讼请求将被驳回;交付使用条件未成就,则原告的诉请将得到支持。

原告(上诉人)认为,被告拟交付的房屋不但应达到合同约定的综合验收条件,还应符合《商品房买卖合同》、楼书、模型等各方面的约定,同时还应符合国家相关的强制性标准,只要其中有一项未达到要求,就可以要求房地产开发公司进行整改,整改完毕才具备房屋交付条件。

被告(被上诉人)认为,开发公司只要取得了拟交付的房屋符合现行法律法规所规定交付条件的证明,即具备了交房条件,同时认为原告所主张的

安全玻璃规定、节能标准不适用本案，被告所取得的交付证明文件不存在任何瑕疵。具体理由如下：

(1)关于交付条件。原、被告双方在《商品房买卖合同》中约定分期综合验收合格后交房，这是签订合同时根据国家相应行政法规的规定所作出的约定。合同签订时，国家规范商品房住宅验收制度的行政法规有国务院的《城市房地产开发经营管理条例》和《建设工程质量管理条例》。对于住宅商品房来说，《城市房地产开发经营管理条例》为特别法，故住宅商品房项目依照其规定实行综合验收制度。但在国务院取消竣工综合验收制度后，特别法的规定取消，双方当事人约定的交房条件已不可实现，则住宅商品房项目与其他建设项目一样适用《建设工程质量管理条例》。而该条例第16条规定，建设工程经竣工验收合格的，方可使用。第49条又规定，建设单位应当自建设工程竣工验收合格之日起15日内，将建设工程竣工验收报告和规划、公安消防、环保等部门出具的许可文件或者准许使用文件报建设行政主管部门或者其他部门备案。因此，只要开发公司取得了政府相关部门颁发的《竣工验收备案表》，足以证明该商品房已经具备了法定的交付使用条件。在此前提下，即使房屋存在一定的瑕疵与缺陷，只要不影响房屋的正常使用，均不影响交付条件的成就。至于原告所述的综合验收制度虽然取消，但拟交付的房屋仍应达到综合验收标准的要求，由于综合验收取消后，没有任何机构对是否达到综合验收标准作出科学、权威的认定，因此也是不可行的。

(2)关于原告所述的公共配套设施，被告未在合同中作出承诺，仅在楼书中作过陈述，即使该等内容按最高人民法院的司法解释构成要约，则被告应建未建应该承担的也是违约赔偿责任，除非双方将该内容特别约定为房屋交付使用的条件。另外，根据庭审调查事实，楼书中陈述的主要公共配套设施均已建设，至于超市、商务中心、自助银行、阅览室等设施，应该由业主委员会进行招商，开发公司只负责提供场地。

(3)关于原告所述的安全玻璃，根据2003年12月4日建设部等四部委发布的《建筑安全玻璃管理规定》，自2004年1月1日起，新建、扩建、改造、装修及维修工程等构筑物，应按规定使用安装安全玻璃。而本案所涉商品房，均已在2004年1月1日前通过图审，在该规定实施时，已属在建项目，因此，不属于该规定调整的对象。

(4)关于原告所述的《夏热冬冷地区居住建筑节能设计标准》，该标准虽在2001年10月1日施行，但建设部允许各地根据当地情况制定相应的实

施方案及实施细则。2004 年 12 月 31 日，杭州市建设委员会下发杭建科发(2004)1050 号《关于进一步加强实施居住建筑节能工作的若干规定》，规定自 2004 年 7 月 1 日起(以施工图审查通过时间为准)，凡在杭州市区新建、扩建居住建筑必须严格执行《夏热冬冷地区居住建筑节能设计标准》以及浙江省、杭州市的实施细则。因此，本案所涉商品房，并不适用该标准。

(5)关于进户门挡住部分户型的电梯门的事宜，被告认为该问题的存在，确实有可能对业主使用电梯带来不便，但现行法律法规及技术规范并未对此作出禁止性规定，因此，并不违法，也不违规，更不可能影响交房。

(6)关于消防楼梯的宽度的问题，原告认为根据《建筑设计防火规范》，消防楼梯净宽应达到 110 厘米。而本案中，部分楼梯净宽不足 110 厘米，不符合国家标准。被告认为，消防楼梯宽度属于防火设计规范，是否符合规范，应由消防部门来认定。由于被告已举证证明相应的《建筑工程消防验收意见书》并未对此作出认定，故应认定已符合消防要求，人民法院未经行政审判程序，不应直接撤销相关行政部门作出的行政许可或证明。

(7)关于三期沉降补桩问题。在施工期间，三期部分建筑确实发生了沉降速率过快的问题，公司邀请了浙江大学等单位的专家经充分论证并对沉降部位进行补桩，补桩工程经专家组验收符合国家标准。工程竣工后，三期工程经验收合格，并取得了《竣工验收备案表》，因此，不存在质量问题。沉降补桩不属于《商品房买卖合同》所约定的应当通知的规划变更、设计变更事由，因此，并没有通知相关买受人，买受人据此认为不符合交付条件没有任何法律依据。

2. 关于被告是否履行通知交付义务

《商品房买卖合同》第 11 条约定：商品房达到交付使用条件后，出卖人应当书面通知买受人办理交付手续。因此，出卖人应当在交房前向买受人寄送书面交房通知，如未寄送或虽然寄送但不能提供证据的，将会承担逾期交房的违约责任。

原告在起诉状中并没有对此作出陈述，但在一审法院将此作为重点调查内容后，原告代理人在部分案件中陈述原告未收到交房通知。

被告向法院提交了被告向 73 户业主寄送交房通知的挂号信回执，认为被告在交房前向原告寄送了挂号信，原告如果认为该挂号信内容不是交房通知，则应由原告承担举证责任；同时，根据原告起诉状陈述的内容，也可以推定原告已经收到了交房通知。

3.关于是否需要整改的问题

原告在起诉状中要求对未完成部分进行整改或建设,按合同、沙盘模型及楼书约定交付房屋。能否在认定交付条件成就的同时判令整改?被告认为,商品房作为特殊的商品,其建设过程受相关行政管理部门监督、管理,任何涉及商品房规划调整、设计变更的内容均应报行政主管部门审批及设计单位同意。而且商品房项目竣工后,其竣工图纸已报相关部门备案,施工结果得到了相关部门的确认。因此,除施工质量瑕疵外,原则上法院不应直接判决责令整改。

审理判决

一审法院于2006年11月17日作出的一审判决认为:

被告在按要求将房屋及相关设施建成后通过竣工验收并取得了竣工验收备案表,房屋交付条件已经成就。由于2004年国家已取消了住宅小区的竣工综合验收项目,按现行建筑法及国务院建设工程质量管理条例的相关规定,房屋在建成后经过竣工验收并取得竣工验收备案表后即可交付使用。

原告虽然否认收到交房通知,但不能说明收到邮件的具体内容,结合原告诉状等内容,确认被告已经履行了通知交房义务,也即被告在规定期限内通知其中的72户原告收房,已经履行了合同规定的通知交房义务。

若原告认为该项目中如存在室外公建配套设施未到位、进户门挡住电梯门、消防楼梯宽度不足以及室内有质量缺陷等问题的,可在收房后通过索赔或保修来主张权利。

因此,法院判决驳回谢某等72户原告的全部诉讼请求,同时对于没有收到交房通知的许某,判令开发公司对其承担逾期交房的违约责任,按合同约定支付相应的违约金。另有一户业主在判决前撤诉。

谢某等52户业主不服滨江区人民法院作出的一审判决,向二审法院提起上诉。二审法院于2007年7月3日作出二审判决,认为被告在按要求将房屋及相关配套设施建成后通过竣工验收并取得了竣工验收备案表,房屋交付条件已经成就;关于《建筑安全玻璃管理规定》、《夏热冬冷地区居住建筑节能设计标准》是否适用本案,经二审法院向杭州市建设委员会调查,认为不适用本案;至于个别原告提出的设计变更影响其使用的问题,原告可以在收房后通过索赔来行使权利。故判决驳回谢某等上诉人的上诉请求,维持滨江区人民法院作出的一审判决。

经典评析

本案对解决房地产开发公司交房难问题的积极意义

2005年以来，杭州市房地产开发公司普遍面临一个比较头疼的问题——交房难。在绝大部分楼盘交房过程中，少数几个业主代表聚集一大批业主以各种理由拒绝收房，向开发公司提出按业主要求进行整改、赔偿、优化景观、增加配套设施、减免费用或者退房等方面的要求，如果要求得不到满足，则向媒体投诉，向政府主管机关施加压力，使开发公司非常被动。本案的判决，从法律上确定了以下原则：

一、《竣工验收备案表》是商品房交付条件是否成就的唯一依据

一审法院、二审法院在审理本案时均认定，《竣工验收备案表》是衡量项目是否具备交付条件的主要依据，只要开发项目已经取得了《竣工验收备案表》，则该项目法定交付条件成就，如果当事人之间未作出特别约定，则开发公司可以向买受人交房。在此条件下，买受人拒绝收房，则开发公司无须承担逾期交房的违约责任。如果交付的商品房确实存在瑕疵的，买受人可以在收房后索赔或要求维修。

法院的上述认定，可以改变很多购房者的错误认识。在此之前，不少购房者认为，开发公司拟交付的房屋只要有一处不满意，购房者可以拒绝收房，在自己收房之前，开发公司将承担逾期交付的责任；而购房者一旦与开发公司办理了交付手续，则放弃了权利。因此，很多购房者就以非理性的方式拒绝收房。在本案中，其中上诉的50多户业主拒绝收房，致使房屋空置时间长达一年半，应该说损失也是比较大的，对其他业主来说将是深刻的教训。

二、项目是否适用新标准应以该项目施工图纸通过图审的时间为准

在审理本案以前，对于该楼盘是否适用《建筑安全玻璃管理规定》、《夏热冬冷地区居住建筑节能设计标准》存在很大争议。杭州市有数十个项目与该楼盘情况类似，因此，许多开发公司和业主均在等待本案的判决结果。

本案两级法院在充分听取原、被告双方意见后，又走访了杭州市建设委员会，经合议庭合议，最终认定应以项目施工图的图审通过时间作为是否适用新标准的依据。如果项目图审通过时间早于新标准施行日期的，则不适用新标准；反之，则适用新标准。

三、关于对行政管理部门验收文件的确认

二审法院在终审判决书中认为，谢某等业主认为开发公司不具备交房条件，可通过法律途径申请撤销《竣工验收备案表》，以否定开发公司的交房验收。该认定实际上确认了法院未经行政审判程序，不得否定行政机关行政许可文件和证明的原则。

PDG

浅谈合同预约制度

——从一起房屋买卖合同纠纷案说起

姜丛华　朱　宁*

案情简介

原告:太平洋人寿保险股份有限公司A中心支公司

被告:A市B房地产开发有限公司

2002年5月20日,太平洋保险A支公司与B房地产开发公司就B房产所有的B商务馆一楼西侧三间约150平方米、二至四楼约1800平方米的房屋签订了《房屋租赁协议》。其中,第2条载明租期为10年,时间从2002年5月31日至2012年5月31日止。第5条载明太平洋保险A支公司若在2004年底之前购买上述房产的,一楼营业房按每平方米8600元计价,二至四楼办公用房按每平方米2800元计价。2005年后购买上述房产的,价格另行协商,但同等条件下太平洋保险A支公司有优先购买权。后太平洋保险A支公司按协议实际承租了房屋。2004年2月18日,B房产向太平洋保险A支公司发出收回要约的通知函,明确收回租赁房屋协议中第五条规定的要约。同月25日,太平洋保险A支公司针对B房产发出的函予以复函,明确要求B房产同意太平洋保险A支公司按每平方米8600元的价格购买一楼营业房,按每平方米2800元的价格购买二至四楼的办公用房。同年3月19日,被告复函并明确双方未达成买卖协议,《租赁协议》第五条因发出收回要约的函而失效。此后,双方针对《租赁协议》中第五条内容的争议相互发函,但未达成一致意见。

原告太平洋保险A支公司一审中提出的诉讼请求是:要求被告协助原告办理B商务楼一楼营业房和二至四楼办公用房的房屋过户手续;若被告

* 姜丛华:男,专职律师。
朱　宁:女,专职律师。

无法履行上述义务，被告应赔偿原告房屋差价损失135万元。后原告变更其诉讼请求，仅要求被告履行房屋买卖合同及协助原告办理房屋过户手续。

争议焦点

双方所争议的焦点一直围绕在双方的《租赁协议》第五条。原告认为该协议第五条的约定是双方真实的意思表示，合法有效，双方已经形成了房屋买卖合同关系。被告虽然在2004年2月18日致函原告，要求撤销所谓的出售房屋的"要约"，但这实质上是被告单方面要求变更合同的行为。根据《合同法》第77条的规定，合同变更需要双方当事人协商一致才可以，单方是不能擅自变更合同的。被告要求撤销所谓的出售房屋的"要约"的行为是无效法律行为。

而被告则认为《租赁协议》第5条的约定是要约邀请，而非要约。因为要约的内容应当具体确定，必须有足以使合同成立的主要条款，且内容须明确，不能模糊。但租赁条款的第五条不具备合同应当具备的其他主要内容。因此该协议第五条的规定不是要约，而是要约邀请。同时，关于2004年的约定也非承诺的期限，而是作为价格的时间条件。因此对被告不具有约束力。

审理判决

一审法院认为，构成要约的条件应当是当事人有明确希望与他人订立合同的意思表示以及意思表示的内容应当具体确定。在本合同中，《房屋租赁协议》第5条约定"原告若在2004年底之前购买上述房产的，一楼营业房按每平方米8600元计价，二至四楼办公用房按每平方米2800元计价。2005年后购买上述房产的，价格另行协商"，从当事人缔约的真实意思分析，该条规定以"2004年购买"和"2005年购买"为条件分别确定不同的价格，说明双方只是达成一种价格的意向。其次，从要约应当具备合同的主要条款分析，买卖合同的主要条款应当包括标的数量及价金。本案中《租赁协议》第五条涉及房屋的范围较广，当事人未约定具体的房屋范围和数量，因此该条款对买卖标的数量约定不明确。同时，根据该条款约定按2004年、2005年购买房屋则分别采取不同的价格，表明被告表达某种订立合同的初步意向，其目的是希望原告主动提出订立买卖合同的意思表示，故该条款的性质为要约邀请，而非要约。由于要约邀请依法于当事人不具有约束力，原告向被告提出购买合同其承租房屋的意思表示，对被告不产生约束力，因此双方当事人未达成房屋买卖的合同。原告主张双方已达成房屋买卖协议并

PDG

要求被告履行房屋买卖协议的理由依据不足，而被告辩称该约定为要约邀请的理由于法有据。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、《中华人民共和国合同法》第十五条，判决驳回原告太平洋保险A支公司的诉讼请求。

原告上诉至浙江省高级人民法院。经省高院主持调解，双方达成调解协议，由被告赔偿原告损失20万元。

经典评析

本案中的《租赁协议》第5条究竟是要约邀请、要约还是已经协商一致的合同，这需要对预约进行比较深入的研究。

一、预约的定义及构成要素

预约是与本约相对应的概念。关于预约的定义，目前我国立法上没有明确的规定。理论通说认为，预约是指约定将来订立一定契约的契约，[①]而将来订立的契约则为本约。从这个经典定义我们可以看出，预约本身就是一种契约，但它的标的是订立契约的行为，目的是确保与相对人在将来订立特定的合同。

当事人达成预约的最直接目的就是对交易机会的固定。商品经济条件下，交易机会在很大程度上决定着取得财富的可能性和取得财富的多少。但交易机会并不会始终停留于一点，它总是随着商品、货币以及信息的流动而流动。无疑越是发达的商品经济社会，交易机会越是呈现出一种转瞬即逝的特点，稳定乃至固定对自己有利的交易机会是众多市场主体梦寐以求的事。然而，缔结一份合同并非轻而易举。实践中，往往是经过一系列缔约上的努力，最终还可能面临缔约失败的结果。更为严重的是，一旦进入一项合同的缔约过程，当事人双方对同时存在的其他交易机会的选择能力就大为降低，因此人们需要一种新的合同上的安排解决现实中的需要，预约制度就应运而生了。当事人通过订立预约，将有利于自己的交易机会予以固定，等到适当的时候订立本约。而且，当事人可以订几份预约，将不同的交易机会固定在同一时点，给自己更多的选择余地。

预约与本约的界定，不能仅依所使用的文字或合同名称来论断，而应当依照当事人约定的实质内容来判断。如果预约内容没有具体约定，例如约

① 曾兴隆：《民法债权总论》，台北三民书局1999年版，第18页。

PDG

定将来订立房屋买卖合同而未订明价格且无从确定其价格的，为预约不成立。即使认为预约成立，也因标的不确定而无从强制其订立本约。预约当事人真实的意思表示是将来订立某个特定的合同，因此，预约的内容应具备的要素是嗣后当事人能据此订立本约。由此推断，一项预约的构成同时应具备以下基本要素：

1.预约发生在本约的磋商过程中。预约是为缔结本约而达成的合意，只能发生在本约的磋商过程中。本约已经达成的话，自然没有缔结预约的必要和可能。但是预约不属于本约缔结过程的一部分，而是独立于本约之外的契约，与本约的成立与否并无必然的联系。

2.有订立本约的意思表示。虽说预约的本质是合同，但又不同于一般合同。预约是以订立另外一项合同为标的的合同，这是预约最重要的特征，也是预约与本约的重要区别。

3.预约的内容必须确定。预约为订立本约而存在，其详备程度总体上不如本约，但仍应满足基本的确定性要求。换言之，预约应具备合法法律行为的基本要件，包括当事人、标的、意思表示等要素。如墨西哥民法典规定："为了使缔结合同的允诺有效……其中应包含构成确定性合同之特点的因素……"

二、预约的分类及效力

根据预约条款的完备程度和当事人明示的受预约约束的程度，预约可以分为"带未决条款的预约"和"将进行谈判的预约"。

1.带未决条款的预约(这里的未决条款一般为非实质性条款)

该类型预约中已约定了交易的主要条款(实质性条款)，条款相对完备，双方当事人可以根据这些条款直接缔结本约。当事人也明确表示受这些条款的约束，并有义务就未决条款部分继续谈判，先就未决条款达成一致意见，再整合成最后的本约。该类型预约的当事人负有诚信谈判的义务。若他们就未决条款不能达成一致意见而一方又要求实现交易，则法院可以根据一定规则(比如交易惯例、类似交易中的"通常条款"、当事人先前交易中的习惯做法等客观标准)补充这些未决条款。该种预约产生两个效果：一是当事人要对他违反诚信谈判义务、导致对未决条款不能达成一致意见的行为承担责任；二是当事人继续谈判仍不能就未决条款达成一致意见、从而最终不能订立本约时，他们也要受到预约条款的约束，而其中的未决条款则可以由法院填充，即预约条款与法院填充条款一起构成本约。该类型的预约，

PDG

不仅针对未决条款的谈判强加了诚信谈判的一般义务，而且针对本约强加了实现交易的义务，即使当事人不能就未决条款达成一致意见，当事人也有义务按照预约的约定实现交易（未决条款可由法院填充）。[①]

该类型的预约与本约非常接近，以至于常常会与本约相混淆。其实，它与本约的区分在于当事人明示地约定还有“未决条款”，并且明示地约定对于该“未决条款”双方当事人有义务继续谈判予以补充，这里必须是“明示”。当然，一般本约也可能有些条款规定不明或缺失，但当事人在订立合同时并没有意识到或认为没有必要对这些条款进行约定，这些条款对当事人而言是“缺漏条款”而不是“未决条款”，这也是本约与预约的区别所在。

带未决条款的预约客观上已经包含了本约的主要条款，本约根据这些主要条款已经能够成立。哪些条款属于主要条款？《合同法》第 12 条[②]以列举的方式规定了合同一般应包括的八种条款，但这些条款并不都是合同的主要条款，也不要求预约中全部具备。一般来说，合同主要条款是足以使合同成立的条款，不同类型的合同其主要条款也不同。比如买卖合同，笔者认为主要条款应当是标的、数量和价格。

2.将进行谈判的预约

这种类型的预约，只规定了未来交易（也就是本约）的部分实质性条款，且当事人在预约中明示，未来交易行为不是直接受预约的约束，而是要受本约的约束，双方对预约中的已决条款和未决条款均负有在一定期限内诚信磋商的义务；或者，虽然双方明示受预约中已决条款的约束，但仅凭已决条款不足以订立本约，而未决条款也必须依赖双方当事人的意思表示才能确定。该种类型的预约给当事人强加的是尽最大努力诚信谈判的义务，但没有针对谈判失败强加一项实现交易（签订本约）的义务。即它产生两个效果：一是当事人要对他违反了诚信谈判义务而导致不能达成“本约”的行为承担责任；二是当事人诚信地继续谈判仍不能达成“本约”时，他们不受任何协议约束。换句话说，就是当事人之间一旦缔结该种预约，双方负有也仅负有磋商、谈判的义务，是否最终缔结本约则非其所问，即仅“必须磋商”而非

---

① 吴颂明：《预约合同研究》，载《民商法论丛》（第 17 卷），金桥文化出版（香港）有限公司 2000 年版，第 529 页。

② “合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：（一）当事人的名称或者姓名和住所；（二）标的；（三）数量；（四）质量；（五）价款或者报酬；（六）履行期限、地点和方式；（七）违约责任；（八）解决争议的方法。当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。”

PDG

"必须缔约"。[1]

实践中如何区分"带未决条款的预约"和"将进行谈判的预约"？笔者认为，以上两种类型的预约，主要内容均是约定双方负有进行磋商和谈判的义务，目的是努力达成本约。如何区分，关键在于：对于预约中的未决条款，法院是否可以根据交易惯例、类似交易中的"通常条款"、当事人先前交易中的习惯做法等客观标准予以填充：法院可以填充的，是"带未决条款的预约"；无法填充、必须由当事人为意思表示才可以确定的，是"将进行谈判的预约"。

三、违反预约的责任形式及责任性质

违反合同的责任主要包括强制实际履行、支付违约金、定金罚则、损害赔偿等，并且损害赔偿的范围是期待利益(履行利益)。预约是一种特殊的合同，违反预约应承担的责任与违反一般合同的责任有没有区别呢？对此，不同的学者有不同的观点。主要分歧有三：一是预约的责任形式范围，尤其是否包括强制实际履行；二是违反预约的损害赔偿的范围；三是违反预约的责任性质。

对于前两个问题，史尚宽先生认为，因预约所产生的债权与普通债权有同样的效力，即预约义务人如果不订立本约，那么，预约权利人可以请求其履行或者依强制执行以判决代其意思表示。请求此判决之诉与请求本约上债务的履行之诉可以合并提起。在债务不履行时，有请求损害赔偿的权利。[2] 即主张预约可以强制实际履行，不履行时应赔偿期待利益的损害。王泽鉴教授持相反的观点。他认为，预约和本约的性质和效力都不同，一方不依照预约订立本约时，他方仅得请求对方履行订立本约的义务，尚不得依照预约的内容请求对方履行本约的义务，惟债务人因可以归责事由对于订立本约应负迟延责任时，债权人得依照一般的规定，请求损害赔偿。[3] 即主张预约不得强制实际履行，不履行时应赔偿信赖利益的损害。还有一种观点认为，实际履行作为违约责任的基本形式同样适用于预约，就预约适用强制履行其核心是强制双方在预约基础上尽力达成本约，而不是对预约中具

---

① 关于"必须磋商说"与"必须缔约说"的精彩阐述，详见韩强：《论预约的效力与形态》，载《华东政法学院学报》2003年第1期。

② 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第13页。

③ 王泽鉴：《债法原理》(第一册)，中国政法大学出版社2001年版，第149－150页。

体条款的强制履行。如果一方违反预约导致本约不成立，则另一方有权主张由此造成的信赖利益损失。[①] 该观点其实将预约的“强制履行”理解为“强制磋商”，与本文所称“强制履行”并不相同：本文所称强制履行是指预约条款的强制履行。

对于第三个问题，有学者认为，预约义务人违反预约合同的责任，在性质上属违约责任。[②] 另有学者认为，违反预约要承担先契约责任。但其同时主张违反预约的法律责任是强制实际履行和损害赔偿（包括信赖利益损害赔偿、期待利益损害赔偿、不当得利返还及赔偿）。[③] 这又与先契约责任（或称缔约过失责任）的承担方式只有一种即损害赔偿，损害赔偿的范围仅限于信赖利益的通说[④] 存在矛盾。

笔者认为，对于上述第一、二个问题应区分“将进行谈判的预约”和“带未决条款的预约”进行探讨。在预约合法有效的前提下：

（一）对于违反“带未决条款的预约”，可以适用强制实际履行，损害赔偿的范围是期待利益

如果预约当事人一方违反诚信谈判义务，未能就未决条款达成一致意见，那么，最后本约就由预约中已经达成协议的条款和法院强行填充的条款共同构成。法院一般应当根据交易惯例、类似交易中的“通常条款”、当事人先前交易中的习惯做法等客观标准进行补充，假如实际履行的命令有必要且有可能的话。[⑤]《合同法》第61条、62条规定了有关合同内容约定不明确时的确定方法，也可以作为法院在填充预约未决条款时的参照。经法院的填充，最后的本约即告成立，违约方应当实际履行。

最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第五条规定：“商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，并且出卖人已经按照约定收受购房款的，该协议应当认定为商品房买卖合同。”笔者认为，该条司

---

① 李　伟：《房地产认购书法律问题初探》，载《广西政法管理干部学院学报》2003年第4期。

② 钱玉林：《预约合同初论》，载《甘肃政法学院学报》总第69期（2003年8月）。

③ 吴颂明：《预约合同研究》，载《民商法论丛》（第17卷），金桥文化出版（香港）有限公司2000年版，第539－543页。

④ 叶建丰：《缔约过失责任研究》，载《民商法论丛》（第19卷），金桥文化出版（香港）有限公司2001年版，第551－557页。

⑤ See E. Farnsworth ,Supra note, at pp. 261－262. 转引自吴颂明：《预约合同研究》，载《民商法论丛》（第17卷），金桥文化出版（香港）有限公司2000年版，第542页。

PDG

法解释实际上是将“带未决条款的预约”在(一方当事人)已经实际履行的情况下,为了促成交易的顺利实现,达到预约固定交易机会的目的,保护交易安全,将预约直接赋予本约的效力,从而使该预约获得了强制实际履行的效力,违反该预约的视为违反本约。

(二)对于违反了“将进行谈判的预约”,不能判令违约方承担“继续履行预约”的违约责任,损害赔偿的范围也仅限于是信赖利益,可以同时适用定金罚则

违反了“将进行谈判的预约”,为什么不能适用强制实际履行的责任形式?笔者认为:

1.一般来说,强制履行的条件是:“须适用损害赔偿等责任形式尚不足以补偿债权人。”[①] 对将进行谈判的预约,当事人的义务仅仅是诚信谈判。如果一方违约,通过违约金、定金、赔偿金已经足以补偿受害方的损失。

2.实际履行的直接后果是强制当事人签订本约,在将进行谈判的预约下,这种强制与法院填充个别条款不同,它是对合同中的主要条款强迫当事人为意思表示,此时,法院无法强制也无法代替当事人订立本约。而就整个合同来讲,对意思不能强制,对意思表示更不能强制。所以实际履行根本不现实。

对于“将进行谈判的预约”,损害赔偿的范围是信赖利益。对当一方当事人怠于按照该类型预约规定的义务订立本约时,他方只能请求赔偿因此而遭受的实际损害,但不能按照预定的本约内容,请求赔偿其可预期的利益。在这里,因预约一方当事人违反义务而给对方造成的损失,其性质属于信赖利益的损失。因为当事人基于预约而产生的权利是对将来订立本约的一种期待权,预约债权人有理由相信预约债务人将来会受此约束,并基于这种信赖而行事;如果预约债务人违反义务,则必将使预约债权人蒙受损失,因此,对这种信赖利益应加以保护,否则预约将毫无约束力可言。

如果预约中约定定金、违约金的,自可适用。在我国,最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第4条规定:“出卖人通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立商品房买卖合同担保的,如果因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同,应当按照法律关于定金的规定处理……”该司法解释明确了违反商品房认购书(应当属于“将进行谈判的预约”),不能适用“实际履行”的责任形式,而可以适用

① 王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第253页。

PDG

"定金罚则",但没有明确是否可以同时要求违约方承担赔偿损失的责任。笔者认为,若将违反认购书的责任仅限定于定金罚则,不利于双方权利的保护。认购书作为预约,本身已具备了合同成立的要件。违反认购书会引起定金罚则的使用,但并不仅限于定金罚则。若当事人没有约定定金条款,受损害方还可请求对方赔偿信赖利益的损害;若当事人约定了定金罚则,定金责任的承担不能替代损害赔偿责任,定金责任和损害赔偿责任可同时适用,但其总值不能超过标的物价金。[①]

至于违反预约的责任性质,应从两个角度审视:从预约观之,因预约亦是合同,违反预约的责任当属违约(此"约"指预约)责任,如实际履行(履行的是预约条款)、支付违约金、定金罚则、损害赔偿等。从本约观之,支付违约金、定金罚则是预约的独立责任,与本约不发生联系;"将进行谈判的预约"下信赖利益损害赔偿属缔约(此"约"指本约)过失责任,因为此时尚在本约的缔结过程中,本约并未成立;"带未决条款的预约"下的实际履行、期待利益损害赔偿属违约(此"约"指本约)责任,因为此时预约条款与法院填充条款共同构成了本约,本约已经成立,预约成了本约的一部分,实际履行的既是预约条款也是本约条款,损害赔偿的范围既是预约的期待利益也是本约的期待利益。

四、具体到本案

一审判决认定《租赁合同》第5条属于要约邀请,显然是错误的。要约邀请是一方向另一方或不确定的相对方发出的、希望相对方向自己发出要约的意思表示,毫无疑问是一个单方的民事法律行为。而《租赁协议》的第五条是该合同的一个条款,是合同的组成部分。既然是合同的一个条款,那就是协议双方的约定,是双方已经达成的合意,肯定不是单方作出的民事法律行为。

本案所涉的《租赁合同》第5条中明确写明了原告拟购买的楼层、面积和单价,不存在理解上的歧义,也不存在标的和价格不明确的事实。该条中写明的"上述房产"十分明确地指向太平洋保险A支公司承租的房屋,并且写明了双方按照一楼营业用房和二至四楼办公用房的不同价值约定不同的价格,这一点更明确了买卖的标的就是由太平洋保险A支公司承租的房屋。且该房屋已经由原告实际在使用(无须另行交付)。因此,双方形成的

① 王利明、崔建远:《合同法新论·总则》,法律出版社1991年版,第253页。

应当属于“带未决条款的预约”，比如对于“房款的支付方式”、“办理产权登记”等当事人均未明确约定。上述未决条款，根据我国现行法律法规的规定、交易惯例以及《房屋买卖合同》格式文本中的“通常条款”等客观标准，可以进行补充、确定。经过人民法院判决填充，本约即房屋买卖合同即告成立。

本案还有一个特殊情况就在于《租赁合同》第5条形成的是一个“附条件的预约合同”。所谓附条件的合同是指在合同中约定一定的条件，并把该条件的成就或者不成就作为确定双方当事人合同权利义务是否发生法律效力的根据。换言之，被告与原告之间的房屋买卖合同关系已经成立，但是否发生法律效力，还取决于所附的条件是否成就——原告在2004年底之前是否决定购买该房屋：若原告在2004年底之前决定购买该房屋，则买卖合同生效；若在2004年底之前未决定购买该房屋（或决定不购买该房屋），则买卖合同不生效。而本案中，原告在2004年2月25日书面致函被告，明确表达了已约定的价格购买该房屋的意思，合同所附的条件已经成就，双方房屋买卖的关系不仅已经成立而且已经生效。

至于合同所附的条件，当然的可以是“意思表示”。并且，根据条件的成就是否受当事人的意思表示所左右为标准，还可以分为随意条件、偶成条件和混合条件。随意条件是指依当事人一方的意思即可决定条件成就或不成就的条件；偶成条件是指条件成就与否与当事人的意思无关，取决于当事人以外的人的意思或自然事实；混合条件是指条件成就与否取决于一方当事人与第三人的意思。在随意条件中，又可以分为“纯粹随意条件”和“非纯粹随意条件”。纯粹随意条件是指条件成就与否纯粹由一方当事人的意思决定；非纯粹随意条件是指条件成就与否与一方当事人意思有关，但并非仅仅取决于该当事人的意思，还需要某种积极的事实与之竞合。本案中的条件即属于“随意条件”中的“纯粹随意条件”。在该纯粹随意条件中，原告是债权人，被告是债务人，且被告明确表达了受该条件约束的意思。而条件是否成就，取决于债权人一方的意思表示，因此该条件肯定为有效条件。

综上，在被告B房产公司不存在法律上或事实上不能履行的情况下，应当承担继续履行的义务。



质量责任由谁承担？

——评一起发包人擅自使用未经竣工验收的建设工程引发的诉讼

赵全强　崔丽芳*

案情简介

原告某餐饮公司的酒店装饰工程发包给被告某建筑公司。原、被告双方就该装饰工程经过协商，于 2005 年 9 月 8 日签订《建筑装饰工程施工合同》一份，载明“建筑公司以包工包料的方式承接该工程，工期 95 天，工程质量符合国家质量验收评定标准”。该工程于 2005 年 9 月 25 日开工，至 2006 年 1 月初，一至三层装修完工，原告即将一至三层投入使用，2006 年 1 月 28 日整个酒店装修完工。2006 年 5 月，原告以该装饰工程存在多处严重的质量问题为由，向人民法院提起诉讼，请求：一、责令被告赔偿原告工程损失 100 万元(具体以有关部门对该装饰工程的质量检测、损失评估为准)；二、由被告承担本案诉讼费用和其他费用。原告的具体理由是：被告不按设计施工图纸要求擅自改变施工、木工活严重粗糙、油漆不符要求、墙纸随处剥落、卫生间到处漏水。

我们接受建筑公司的委托作为其代理人，陈述答辩意见：质量问题客观存在，但不应由被告负责。根据合同约定和最高人民法院的司法解释，工程未经验收擅自使用，质量问题由发包人自行负责。另，造成质量问题的原因不在于被告，本案中原告的施工方案有误，并且在土建没完成的情况下强令被告装饰。因此，被告请求驳回原告的诉讼请求。

---

* 赵全强：男，毕业于浙江大学，法学硕士，专业从事建筑房地产业务，专职律师。
崔丽芳：女，毕业于南京大学，法学学士，专业从事建筑房地产业务，专职律师。

争议焦点

诉讼过程中，原、被告双方形成以下争议焦点：

1.装饰工程是否受《中华人民共和国建筑法》(以下简称《建筑法》)规范、未经验收能否使用?

2.原告营运未经验收的大酒店是否属于最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第13条中规定的“擅自使用”？如何界定“使用部分”?

3.组织验收是哪方的责任?

审理判决

法院经审理认为，当事人双方于2005年9月8日签订的装饰施工合同，意思表示真实一致，内容合法，应认定有效；合同签订后，双方应依照合同的约定和法律的规定履行自己的义务。《建筑法》第61条规定：“建筑工程竣工验收后，方可交付使用；未经验收或验收不合格的，不得交付使用。”可见对建筑工程组织进行验收，是发包方的一项法定义务。原告起诉所陈述的质量问题为木工活严重粗糙、油漆不符要求、墙纸随处剥落、卫生间到处漏水等瑕疵，此类瑕疵并非为承包方强制瑕疵担保范围。本案中，原告对被告负责施工的装饰工程，未组织验收即投入使用，应视为原告对被告的装饰工程质量予以认可。最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第13条也规定：“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，不予支持。”据此，法院认为，原告起诉要求被告赔偿损失的诉讼请求缺乏法律依据，不予支持。同理，原告要求对质量问题所引起损失进行审计、评估的请求也无实际意义，法院不予准许。

综上，法院判决如下：

驳回原告的诉讼请求；本案案件受理费由原告负担。

一审判决后，双方均未上诉。

经典评析

最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2004]14号)第13条规定：“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量

PDG

承担民事责任”。

诉讼过程中，原告提出，《建筑法》第2条第2款规定“本法所称建筑活动，是指各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动”，而本案涉及的是装饰工程，不属于《建筑法》规定的范畴。

针对原告的观点，我们作为被告代理人向法院提交以下法律法规作为依据，以证明装饰装修工程属于建筑法律法规约束的范畴，未经验收不得交付使用。《建筑法》第81条规定“? 本法关于施工许可、建筑施工企业资质审查和建筑工程发包、承包、禁止转包，以及建筑工程监理、建筑工程安全和质量管理的规定，适用于其他专业建筑工程的建筑活动，具体办法由国务院规定”。工程竣工验收的规定就属于建筑工程安全和质量管理的规定，而装修工程属于“其他专业建筑工程”。《建设工程质量管理条例》第2条规定“凡在中华人民共和国境内从事建设工程的新建、扩建、改建等有关活动及实施对建设工程质量监督管理的，必须遵守本条例。本条例所称建设工程，是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程”，更明确了建设工程包括装修工程。因此，装修工程适用《建筑法》第61条“建筑工程竣工验收后，方可交付使用；未经验收或验收不合格的，不得交付使用”及《建设工程质量管理条例》第16条“建设工程经验收合格的，方可交付使用”的规定。

我们认为，原告对被告施工的装饰工程未组织验收即投入使用，而装饰工程不属地基基础工程和主体结构，原告以使用部分质量不符合约定为由要求被告承担责任理应得不到支持。

此外，原告方还提出，最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第13条规定：“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，不予支持”。其使用未经验收的大酒店不属于“擅自使用”，并且其主张有质量问题的23间客房没有使用，不属于“使用部分”。

关于原告认为不属“擅自使用”，其解释为：《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第119条规定“当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿”，《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第114条规定“当事人一方因另一方违反合同受到损失的，应当及时采取措施防止损失的扩大；没有及时采取措施致使损失扩大的，无权就扩大的损失要求赔偿”。装修工程逾期竣工，原告为减少自己的损失，因此依据《合同法》及《民

法通则》关于"减损规则"的规定营运大酒店。我们指出,法律法规明确规定建设工程未经验收或验收不合格不得使用,如此规定是为了确保工程的安全性、分清各方责任,因此是不得违反的强制性规定。《合同法》第119条及《民法通则》第114条规定并不适用于本案。

关于原告称有质量问题的23间客房没有使用,其主张,房间是封闭的空间,其使用的是23间客房以外的部分。我们认为,原告的陈述不符合客观事实,在工程未经验收的情况下,不使用如何知道有质量问题,大酒店开业就意味着酒店的所有设施设备投入使用。

本案另一争议焦点在于工程未验收,责任在于哪一方。我们认为,组织进行验收是发包方的法定义务,也只有发包方才能够组织验收。原告则认为,被告未递交竣工报告、验收报告及验收资料,导致其无法组织验收。我们指出,尽管验收从程序上来看是承包方竣工后通知发包方组织竣工验收,但本案情况是边施工边使用,酒店四－五层还在施工的情况下,酒店的一到三层就投入使用。即,原告使用工程时,该工程根本就不具备验收条件,原告为追求早日得到经济回报而不顾国家法律的强制性规定,被告不存在怠于报告怠于验收的情形。而且,如果存在被告不及时提交验收资料导致无法验收的情况,原告可以追究被告工期延误的责任,但不能以此为由在未验收的情况下使用工程。工程未验收而投入使用,责任完全在原告方。

法院判决时采纳了我们的代理意见。

建设工程项目经理(项目负责人)对外借款效力的认定

——对丙公司诉乙公司和甲某归还借款案的思考

虞军红[*]

案情简介

自然人甲某经朋友介绍,准备以施工单位乙公司的名义承接某工程。该工程由业主与乙公司签订合同后,乙公司也与甲方签订了《工程施工责任协议书》。按照协议书的约定,甲某应当自行承担全部的资金负责该工程的施工,乙公司只向甲方收取全部工程款一定比例的管理费。在该工程的施工过程中,因业主单位资金不到位,甲某向丙公司借款,并以项目部的名义出具借条并签署还款协议。此后甲某未归还,丙公司起诉乙公司和甲某,要求归还借款。在诉讼过程中,丙公司又放弃要求甲某承担还款责任的主张,只要求乙公司还款。乙公司以《工程施工责任协议书》约定资金应当由甲某负责且丙公司在借款前知悉该约定、项目部的公章系甲某私刻,以及项目部经理(项目负责人)无权以项目部对外借款,该借款系个人借款为由,认为乙公司无须承担还款责任。

争议焦点

1.《工程施工责任协议书》中的约定,在丙公司明确知情的情况下,对丙公司是否具有约束力?

2.在项目部公章系私刻的情况下,项目部与丙公司之间借贷关系是否存在?

3.项目经理(项目负责人)是否有权以项目部的名义对外借款。如果无权借款,则对于第三人而言,损失由谁承担?

---

* 虞军红:男,毕业于北京大学,主要从事外资外贸、建筑业律师业务,专职律师。

审理判决

某基层人民法院审理后认为,丙公司与项目部、甲某之间的借款关系成立,但是,企业之间借贷违反相关规定,应认定为无效。而对于乙公司而言,丙公司在出借款项之前明知项目部的债权债务均由甲某承担,因此乙公司无需承担归还借款的责任。而且甲某作为项目负责人,乙公司并未授权其对外借款。因此,乙公司无需承担还款责任。

经典评析

这是一个目前建设工程施工合同中最普遍、最常见的现象,也是目前司法实践中争议最大的一个问题,即项目经理(因为项目负责人与项目经理经常指的是同一个人,以下称为项目经理)到底具有一种什么样的身份或者享有什么样的权利和承担什么样的义务。需要特别说明的是,本案在该文形成时一审判决尚未生效,正在二审审理中。但是相类似的案件,已经在许多法院作出了生效判决,而且在不同级别的法院、不同区域的法院,甚至是同一法院不同的法官之间,均存在重大的争议。因此,本文并不以判决的结果作为一个有效的衡量标准,而是通过厘清几个相关的问题,对项目经理的身份有一个基本的判断,从而界定项目经理借款行为的性质。

一、现有法律法规对项目经理的相关规定

至今尚没有一部专门的法律或者法规对项目经理作出规定。目前对于规范项目经理的行为的主要规定集中在建设部颁发的《建筑施工企业项目经理资质管理办法》,依照该办法的规定,项目经理是指受企业法定代表人委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者,是建筑施工企业法定代表人在工程项目上的代表人。也就是说,项目经理是施工企业法定代表人的委托代理人并代表法定代表人对项目进行管理。

根据建设部《建筑施工企业项目经理资质管理办法》的规定,项目经理在所管理的建设工程施工过程中,具有广泛的权利。包括组织项目管理班子,受委托签署相关合同,指挥生产经营活动并调配进入工程的人、财、物,进行合理的经济分配以及其他法定代表人授予的权利。可以说,按照建设部的规定,项目经理具有完成建设工程施工任务所要求的全部权利。

二、项目经理在建设工程施工合同中的现状及带来的问题

由于体制的原因,现阶段绝大多数建设工程施工中存在项目经理挂靠、

承包等以经济责任为主要表现特征的经营方式。而在目前建设工程僧多粥少的情况下,建设单位(业主)往往要求施工单位垫资,由此必然导致形成以下体制:以施工单位的名义与建设单位签署建设工程施工合同后,施工单位又要求项目经理自行承担垫资的责任。而项目经理由于资金等原因,就会不断以项目部名义对外借款或者拖欠材料款、人员工资等方式以筹措资金完成施工任务。

上述现状,给施工企业带来的就是每一个工程的完工,均要发生多个、甚至10多个、20多个诉讼案件,而且有些诉讼案件由于项目经理管理混乱,导致无法取得有效的诉讼证据。目前,施工企业因项目经理的行为而导致诉讼的案件主要涉及两大类,一类是建设工程施工过程中涉及的材料或者设备款项,因拖欠材料或者设备供应商的款项而被起诉。这类案件中项目部一般由项目经理与材料或者设备供应商签订合同,而合同上的盖章一般均为某某公司某某项目技术专用章或者技术资料专用章。有些施工企业甚至在技术专用章中注明“非合同专用章”或者“不得用于签订合同”等内容。但是,此类案件法院在审理过程中,如果有证据证明材料或者设备供应商所提供的材料或者设备确实用于该建设工程,一般均判决由施工企业承担支付货款的责任。

另一类案件就是项目经理以项目部的名义对外借款。一般出借人在起诉时向法院提交以项目部或者项目经理出具的借条、款项的支付凭证等证据。对于此类案件,不同的法院、不同的案件均存在重大争议。有些法院的生效判决认定施工企业应当承担还款责任,有些法院的生效判决则认定应当由项目经理个人承担还款责任。至于项目经理还款后向施工企业追偿的问题,应当另案处理。

三、项目经理对外借款的性质

通过对上述法律规定和现状两个方面的分析,我们可以清楚地得出项目经理在建设工程施工管理过程中,就是施工企业法定代表人的委托代理人的结论。因此,分析项目经理对外借款的性质应当围绕委托代理人的权限以及是否构成表见代理来加以确定。

1.作为委托代理人的项目经理的权限。建设部《建筑施工企业项目经理资质管理办法》第八条规定,项目经理在建设工程施工管理过程中具有六项权限或者职能。而按照建设行业协会《建设工程项目经理职业资格管理规则(试行)》第6条的规定,项目经理在建设工程施工管理过程中具有4项

权限,即:(1)项目团队的组建和分包单位的选择权;(2)对进入工程项目现场各种资源的优化配置权;(3)工程价款的及时回收与合理使用权;(4)工程项目实施全过程的监控与管理权。

无论是建设部的规定,还是建设行业协会的规定,都可以将项目经理的权限分为三部分,即对项目部人的管理(项目团队、分包单位)、对项目部财的管理(工程款的收取、支付)以及对项目部物的管理(对建设项目施工过程中的材料、设备进行采购、使用)。

2.对外借款不属于项目经理的权限范围。

通过上述分析,确定项目经理对外借款的效力关键问题就是要确定该行为是否属于对项目部财的管理的范围。按照建设部或者建设行业协会的规定,项目经理对于财的管理主要局限在业主单位支付的工程款的使用上,对外借款并非是业主单位支付的工程款,而是施工企业为了履行与业主单位的合同自行筹措的工程垫资款项。因此,对外借款不应当属于项目经理的权限范围。

3.项目经理的对外借款行为也不能构成表见代理。

项目部从设立的本意而言,相当于在施工企业内部设立一个职能部门。职能部门的职责是根据企业内部的制度,对内实现其职能,对外则代表公司从事与其部门职能相关的事宜。

目前司法实践中认定项目经理对外借款应当由施工企业承担的主要理由就是认为该借款行为构成表见代理。依照该观点,由于项目经理在建设工程施工过程中,有权对人、财、物进行全面的管理,因此在需要垫资时,其以项目部或者项目经理的名义对外借款。由于管理行为的不确定性和广泛性,对于第三人而言,可以认为其有权对外借款。

对于上述观点,本文认为忽视了《合同法》关于表见代理构成的一个基本条件即主观条件。《合同法》第49条规定了表见代理制度,如果行为人没有代理权或超越代理权,或代理权终止后仍然以被代理人的名义和相对人交易,相对人有理由相信他有代理权,就认定这个代理是有效的。这里所指的有理由相信,就是一种主观的意思,即相对人必须是善意且无过失。在本文所论述的案件中,作为借款的相对人至少存在三个方面的过失或者故意:第一,作为一个职能部门,其所作出的行为只能是根据常人判断相符合的行为,而借款并非是职能部门可以作出的决定。这正如一个公司的人力资源部不能对外借款一样。而本案的借款人并没有作出对此予以充分的注意;第二,借款人在出借前已经得知项目垫资的款项需要由甲某个人承担,而非

乙公司承担，但是借款人仍然出借该款项。这并非是过失行为，而是故意行为；第三，事前没有向乙公司进行询问，事后也没有向乙公司进一步要求确认。由于借款只是一个职能部门的行为，且并非在其职能范围内。借款人作为善意且无过失的第三人，应当在事前或者事后要求乙公司予以确认。

因此，项目经理的借款行为其效力不能及于施工企业。

四、结 论

由于体制上的原因，目前各施工企业对于项目经理的管理形式多样，而司法实践也没有一个统一的标准来认定项目经理所从事的行为的效力。但是本文认为，就项目经理对外借款而言，除非得到了施工企业书面或者其他形式的授权，其效力不应当及于施工企业。

此案原告不适格

——评议业主委员会诉讼“全国第一案”

郁　华*

案情简介

2003年11月，温州市某花园业主委员会诉温州市某房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案，浙江省高级人民法院立案受理。因原告的诉讼请求金额累计逾5000万元人民币，该案被新闻媒体称为业主委员会诉讼全国第一案。

案件事实：1996年7月25日，被告受让土地，依据政府部门批准的规划进行商品房开发。被告在楼书和广告中称：创国内一流的别墅花园，区内设购物超市、医疗保健站、900平方米幼儿园、银行、物业管理楼、酒店及三个标准网球场、一个游泳池，绿化面积达2.7万平方米，拥有4500平方米俱乐部（内设台球、保龄球、乒乓球、KTV、咖啡座）等生活设施，小区实行封闭式管理，并设有电视监控、红外报警等。1997年1月、1999年1月和2001年12月，被告分别取得商品房预售证，先后与业主签订了购房合同，其中部分合同约定“本合同在履行过程中发生的争议，由双方协商解决，协商不成的，任何一方均可向温州市仲裁委员会申请仲裁”，部分合同约定由鹿城区仲裁委员会仲裁（该仲裁机构不存在），部分合同约定由商品房所在地仲裁委员会仲裁，也有部分合同约定向人民法院起诉。

业主入住后，发现开发商的承诺没有完全兑现，双方在合同履行过程中发生争议。原告认为，根据最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第三条规定：商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请，但是出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的

---

* 郁　华：男，专职律师。

说明明确，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，应当视为要约，该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，亦应当视为合同内容，当事人违反的，应当承担违约责任。被告的行为侵害了业主的利益，为了维护业主们的合法权益，经业主大会决定，由业主委员会代表全体业主提起本案诉讼。诉讼请求是：1.判令被告立即履行承诺将花园内拥有的4500平方米的俱乐部、3个网球场和1个游泳池移交给原告管理使用，并判令被告至今没有履行赔偿原告经济损失324万元；2.判令被告立即履行承诺，完成俱乐部内台球、保龄球、壁球、乒乓球、KTV、咖啡座等健身娱乐设施，并判令被告至今没有履行赔偿原告的损失312万元；3.判令被告因没有依照规定移交1368平方米的物业用房和132平方米的经营用房，赔偿原告经济损失921.6万元；4.判令被告立即履行承诺，完成小区内超市、医疗、保健、银行等生活设施，并判令因至今没有履行赔偿原告损失312万元；5.判令被告立即履行承诺，完成小区的部分电视监控、红外线报警系统、卫星电视及自备发电机等设施，并判令被告因迟延履行造成原告的损失312万元；6.判决被告因没有按承诺完成小区的38.6%绿化率赔偿因绿地减少4.1亩的经济损失1435万元；7.判决被告赔偿因擅自占用小区东首区内道路800平方米造成原告的经济损失420万元；8.判令被告因无法完成小区东侧和北侧的封闭性围墙向原告支付补偿金1040万元。

争议焦点

1.原告诉讼主体是否适格；

2.本案是否属于法院受理的范围；

3.被告在广告中承诺的事项是否履行、是否违约，违约赔偿如何计算。

审理判决

浙江省高级人民法院认为，根据合同相对性原则，本案业主委员会与被告之间不存在合同关系，故不是合同一方当事人。从物业管理条例规定来看，业主委员会是业主大会的执行机构，其主要职责是针对物业管理、服务等事项进行监督，业主委员会不能行使业主的合同权利代表业主提起诉讼。因此，业主委员会在本案中的原告主体不适格。根据《民事诉讼法》第111条第(二)项之规定，约定仲裁条款的部分业主不得向人民法院提出诉讼，只能向仲裁委员会申请仲裁，但部分业主可以向人民法院提起诉讼。据此，业主委员会以业主名义提起本案诉讼，不符合《民事诉讼法》规定。由于业主委员会不是合同的当事人，不是本案适格的主体，且部分合同不属于法院管

辖,对被告在广告中承诺的事项是否履行等诉讼请求,法院不予审查。法院裁定:驳回原告温州市某业主委员会的起诉。

一审裁定后,温州市银都花园业主委员会不服判决,向最高人民法院提起上诉。

最高人民法院认为:商品房买卖合同中约定的业主所享有的权利如未兑现,业主可通过法律途径解决。业主委员会与房地产公司之间没有基于签订商品房买卖合同而形成相应的合同法律关系,不是相关合同一方当事人。按照物业管理条例规定,业主委员会是业主大会的执行机构,业主委员会应当依法履行职责,其职责范围是针对物业管理、物业服务等事项进行监督。业主大会的职责没有包括针对业主的合同权利涉及共有权问题提起诉讼。业主委员会不能取代全体业主以民事诉讼主体的身份作为原告直接参加民事诉讼活动。虽然本案中业主大会授权银都业主委员会提起诉讼,但这种授权超出了业主大会的职责范围,不能产生业主享有的合同权利转换的效果,因此不能导致民事诉讼主体的转移。本案中,业主委员会在一审起诉时提出的诉讼请求,基本上属于业主与房地产公司签订的商品房买卖合同约定的内容,虽然有一些涉及全体业主的公共利益问题,但这些问题也都属于合同权利衍生的权益问题,业主委员会主张属于违约和侵权的竞合,与本案的实际情况不符。业主委员会在一审起诉时主张的 8 项诉讼请求,涉及全体业主拥有的共有权,虽然无法以单个业主名义实际取得份额,但可以从法律上区分各自应当享有的权益份额,该项共有权可以由全体业主共同主张和行使。业主委员会认为该类共有权只能由其主张和行使的理由不成立。因此,一审法院认定业主委员会作为本案的原审原告主体不适格,裁定驳回业主委员会的起诉,在适用法律上并无不当。最高人民法院经审理后裁定:驳回上诉,维持原裁定。

经典评析

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第 108 条第(一)项的规定:"原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织"。享有民事权利能力的公民、法人和其他组织,认为自己的权利、利益或者某种资格被侵害,或者认为需要通过人民法院确认某种民事权利状态,向人民法院提起诉讼,请求人民法院支持自己主张,这提起民事诉讼程序的公民、法人和其他组织是原告。原告应当是民事实体法律关系的主体,或者依法享有民事实体权利的主体,或者是依法享有代位诉讼权利的主体。如果某个主体在实体法律关系中没

有任何权利和义务,那么,这个主体就不可能与特定的实体法律关系有直接的利害关系,除了法律规定的情形,这个主体依法不能成为由这特定实体法律关系而产生的诉讼中的原告。

《物业管理条例》(2003年)第10条规定:"同一个物业管理区域内的业主,应当在物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门的指导下成立业主大会,并选举产生业主委员会。但是,只有一个业主的,或者业主人数较少且经全体业主一致同意,决定不成立业主大会的,由业主共同履行业主大会、业主委员会职责。"第11条规定:"业主大会履行下列职责:(一)制定、修改业主公约和业主大会议事规则;(二)选举、更换业主委员会委员,监督业主委员会的工作;(三)选聘、解聘物业管理企业;(四)决定专项维修资金使用、续筹方案,并监督实施;(五)制定、修改物业管理区域内物业共用部位和共用设施设备的使用、公共秩序和环境卫生的维护等方面的规章制度;(六)法律、法规或者业主大会议事规则规定的其他有关物业管理的职责。"第十五条规定:"业主委员会是业主大会的执行机构,履行下列职责:(一)召集业主大会会议,报告物业管理的实施情况;(二)代表业主与业主大会选聘的物业管理企业签订物业服务合同;(三)及时了解业主、物业使用人的意见和建议,监督和协助物业管理企业履行物业服务合同;(四)监督业主公约的实施;(五)业主大会赋予的其他职责。"

从上述规定可以看出,业主委员会是业主大会的执行机构,经业主大会民主选举产生,代表业主对住宅小区物业管理行使民主监督的群众自治管理组织。业主委员会可以代表业主或业主大会,与物业管理企业签订物业管理服务合同,成为物业管理服务合同关系的主体。而本文中,原告业主委员会诉讼的案由是"商品房买卖合同纠纷",在起诉状中所陈述的事实,是业主与开发商之间的商品房买卖合同关系的内容,引用的法条是最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》,主张的是业主与开发商之间的商品房买卖合同中的业主享有的权利。显然,原告业主委员会和被告开发商之间从来就没有形成过商品房买卖合同关系。业主委员会能否代表全体业主提起商品房买卖合同纠纷诉讼吗?

合同相对性原则告诉我们,除合同当事人外,任何其他人不得请求享有合同权利,除合同当事人外,任何人不必承担合同责任。所谓"无契约即无责任",说的就是这个意思。合同当事人外的第三人没有参与合同意思表示一致的形成,没有参与要约和承诺的过程,当然不必承担合同义务,也不能享受合同权利。显然,业主委员会不是商品房买卖合同的当事人。事实上,

商品房合同生效时,业主委员会还没有成立,业主委员会不可能享有商品房买卖合同的权利,不可能充当商品房买卖合同的当事人,也不可能行使商品房买卖合同当事人的权利。业主委员会不能以自己的名义,直接以商品房买卖合同当事人自居,进而充当商品房买卖合同纠纷的原告。

业主委员会能否代表全体业主提起商品房买卖合同纠纷诉讼吗?所谓业主委员会代表诉讼,是被告代理人在法庭上陈述的一个观点,这个观点本身的概念是模糊的。从法律上来说,通常情况下,在诉讼中,原告自己不亲历诉讼行为的话,可以委托诉讼代理人参与诉讼。但是,诉讼代理人参与诉讼,并不改变诉讼当事人的身份,诉讼代理人也不能充当当事人的角色。

其次,有可能出现的是诉讼信托情况,原告以自己的名义提起诉讼,维护他人的合法权益,诉讼涉及的实体权利和义务可能与原告无关。如根据《民法通则》第十八条第三款的规定:"监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的,应当承担责任;给被监护人造成财产损失的,应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请,撤销监护人的资格。"这里的有关人员或者有关单位可能提起的诉讼,就属于诉讼信托。诉讼信托情况,只有在法定的情况下才出现。没有法律明确规定,不可能出现诉讼信托的权利人。业主委员会显然不可能成为业主或者业主大会的诉讼信托人。

第三,诉讼代表人的情况。《民事诉讼法》第54条规定:"当事人一方人数众多的共同诉讼,可以由当事人推选代表人进行诉讼。代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力,但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求,进行和解,必须经被代表的当事人同意。"诉讼代表人自己本身就是共同诉讼的当事人之一,不是当事人的人不能成为诉讼代表人。业主委员会与业主、业主大会是不可能同时出现在商品房买卖合同纠纷中的,因此,业主委员会也不可能成为商品房买卖合同纠纷的诉讼代表人。

综上所述,已经可以作出明确的判断,业主委员会依法不能成为商品房买卖合同纠纷的原告。至于有相当部分的业主与开发商的商品房买卖合同中约定了,争议解决选择了仲裁,对有明确仲裁条款的业主来说,根据《民事诉讼法》第111条第1款第(二)项规定:"依照法律规定,双方当事人对合同纠纷自愿达成书面仲裁协议向仲裁机构申请仲裁、不得向人民法院起诉的,告知原告向仲裁机构申请仲裁",对这部分商品房买卖合同纠纷,依法不应由人民法院审理。

由于原告诉讼的案由是商品房买卖合同，而业主委员会显然不是合同的当事人，这使得原来本应该非常复杂的、关于被告是否完全履行商品房买卖合同中承诺的诉讼，转瞬间变得非常简单，这部分内容法院不再审查。当然，被告方面也已经提交一定的证据证明自己没有违约，这在此就不再赘述了。

知识产权篇



商标侵权、不正当竞争纠纷

——两个“新东方”之争

罗　云　唐国华*

案情简介

原告:A 新东方教育科技(集团)有限公司

被告:B 新东方出国服务有限公司

案由:商标侵权、不正当竞争纠纷

原告 A 新东方教育科技(集团)有限公司,主要从事外语类教育培训,是国内知名度最高的外语培训机构之一。1999 年 A 市海淀区私立新东方学校取得“新东方学校 + 英文”组合商标(编号:第 1347401 号)。2005 年 10 月 7 日,该商标转让给新东方教育科技(集团)有限公司;同月 11 日,新东方教育科技(集团)有限公司将该商标独占许可给本案原告——A 新东方教育科技(集团)有限公司。

被告 B 新东方出国服务有限公司成立于 2002 年 1 月 16 日,由 B 省国际文化交流协会投资设立,经国家教育部批准的留学(教外综资认字[2004]276 号)、公安部批准的移民及出入境中介服务(浙公境字[2001]0005 号)的专业公司,是 B 省最大的出入境服务公司之一,也是 B 省出入境行业协会常务理事单位,业绩名列省内同行业前茅,多次荣获“B 省咨询行业先进企业”及“B 省诚信维权金承诺暨消费者满意单位”等荣誉称号。

原告认为:被告未经原告许可,擅自在相同及类似的服务上使用与原告涉案注册商标相同或者近似的商标行为;擅自将与原告涉案商标近似的文字“ZJNEWORIENT”注册为域名,并通过该域名从事相关交易而误导相关

---

* 罗　云:男,专职律师。
唐国华:男,专职律师。

公众的行为；擅自将与原告涉案商标相同的文字作为企业字号在相同及类似的服务上突出使用，从而使相关公众产生误认的行为；擅自复制、翻译原告的驰名商标而误导公众，致使原告的利益受到损害的行为。原告认为被告以上行为侵犯了原告对涉案注册商标所享有的商标专用权，同时也对原告构成了不正当竞争，在相关公众中给原告造成了不良影响。

原告基于以上理由，提出以下诉讼请求：

1.判令被告停止侵犯原告第1347401号注册商标专用权的行为；

2.判令被告停止其在企业名称中使用“新东方”字样等不正当竞争行为；

3.判令被告在《中国工商报》上刊登声名，为原告消除影响；

4.判令被告连带赔偿原告为制止侵权的合理支出及经济损失50万元。

争议焦点

1.B新东方出国服务有限公司是否侵犯原告涉案商标的注册商标专用权；

2.原告的“新东方”商标是否驰名，被告以“新东方”为字号是否构成不正当竞争行为

审理判决

2006年9月，该案在C(B所在市)市中级人民法院公开开庭审理。2007年4月，原告A新东方撤回对两被告的起诉，法院作出《民事裁定书》允许原告撤诉。

经典评析

一、原告主张被告使用“新东方出国”系擅自在原告相同及相似的服务上使用与原告相同或者近似的商标是否成立?

(一)根据《中华人民共和国商标法》第51条规定：注册商标的专用权，以核准注册的商标和核定的使用的商品为限。所以，注册商标专用权人只能在其核定的服务中享有专用权。本案中，原告涉案商标核定的服务项目是教育、讲课、函授课程、教育考核等。而被告提供的服务为自费出国留学中介，因私出入境中介及相关咨询、翻译服务。所以，被告的服务并不在原告涉案商标的核定服务范围内，所以并未侵犯其注册商标专用权。

(二)根据《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第11条第2款规定:"类似服务,是指在服务的目的、内容、方式、对象等方面相同,或者相关公众一般认为存在特定联系、容易造成混淆的服务。"就本案而言,其一,原被告服务的目的不同:原告服务的目的为他人接受更好的教育,而被告服务的目的是为他人更方便快捷地出国;其二,原被告服务的内容不同,原告的服务内容是教育培训、教育考核、书籍出版等,而被告服务的内容为出国留学中介以及相关的咨询、翻译等服务;其三,原被告服务的方式不同,原告的服务方式是一对多,而被告的服务方式为一对一;其四,原被告的服务对象不同,原告的服务对象是接受教育者,而被告的服务对象为要求出国者。另外,判断是否为类似商品,就是看两者提供的服务是否容易给相关公众造成混淆。

如前所述,基于原被告服务对象、目的、方式、目的不同,导致其相关公众并不相同,原告的相关公众为广大受教育者和其他教育同行,被告的相关公众为众多出国者和其他出国服务同行。退一万步来说,即便对原被告提供的服务产生某些联想,但决不会产生混淆。被告通过相关出国留学咨询、相关翻译、出国培训,客户对被告的选择是基于被告在这一领域的专业水准与服务水平,而不是基于原告具有涉案商标。

(三)作为判断服务是否相似的重要参考依据——《商标注册用商品和服务国际分类表》、《类似商品和服务区分表》都未将出国服务纳入本案涉案商标的核定项目之内,这从另外一个方面印证了两者提供的服务并不相似。

(四)被告是一家合法注册并有效成立的有限公司,有权使用自己的企业字号进行相应的商业宣传活动。原告主张被告将与其注册商标相同或者相近似的文字作为企业的字号在相同或者类似服务上突出使用,从而使相关公众产生误认没有事实与法律依据。

其一,如前所述,原告与被告提供的服务并不相同也不近似,相关公众也不相同,更不会产生误认。所以,侵权成立的前提并不存在。

其二,由于商标与商号均带有表明产品来源的功能,因此在界定是否为合理使用商号时,应主要考虑以下两个方面:其一,未明示作为商标使用;其二,在具体案件中不会使相关公众产生混淆。被告将"新东方 你的出国专家""新东方 你的留学专家"这一叙述性文字作为广告宣传语。很显然,被告的这一行为并非将"新东方"作为商标使用,而是作为商号或者商号所体现的服务范围来使用。

另外,被告将其企业的简称相对应的文字注册为域名,显然属正当合法

注册，同时也没有通过该域名进行商品交易的电子商务。所以，原告认为被告将与其注册商标相同或者相似的文字作为域名，并通过该域名从事相关商品交易的电子商务，容易使相关公众产生误认的事实并不存在。

二、原告“新东方”商标是否符合认定驰名商标条件？被告以“新东方”为商号是否存在不正当竞争行为？

首先，驰名商标是一个具有地域性的概念，有世界驰名的商标，也有仅在一个国家或地区内驰名的商标；驰名商标亦为一具有时间性的概念，此时驰名的商标，彼时未必驰名。由于驰名商标是一种事实状态，原告涉案商标为驰名商标，其对此负有举证责任。根据实际情况，原告应举证证明在2002年5月23日即被告域名注册之前涉案商标已构成驰名商标。而本案原告向法院提交证据中只有少量的证据且根本不能证明2002年5月23日前涉案商标已构成驰名商标，且该证据不符合《中华人民共和国商标法》第14条规定条件。原告提供的证据中“新东方”获得的知名度，是依附于原告的企业名称或者说未注册的商标，而不是涉案的注册商标在核定使用的服务项目中取得。驰名商标认定的前提是商标驰名，而不是商号知名。商标一经注册，便具有专用权，但不是天然驰名，而必须是经过广泛的宣传在相关公众中产生较高知名度。本案中，原告没有提供任何关于对涉案商标“新东方学校”+“neworientischool”的宣传，无论是广告还是相关媒体，均以其商号报道。也就是说，原告提供的证据中根本没有涉案商标使用形态、持续使用时间和宣传等情况的有效证据，因此原告提供的证据只能反映原告企业在教育培训的经营业绩和声誉，不能证明相关公众对涉案商标的知晓程度。原告混淆了涉案注册商标的知晓程度与原告企业商号的知名程度之间的关系。

其次，被告对该域名或其主要部分享有权益，且将其简称注册、使用该域名显然有正当理由。所以，被告的该行为就不存在侵权及不正当竞争。另外，即便原告涉案商标被认定为驰名商标，只要被告的域名仅作互联网地址静态使用而非用于商业目的，也不构成商标侵权或不正当竞争。否则，就会得出一个结论，那就是拥有商标就拥有了域名，商标的注册人天然地享有了注册域名的权利。驰名商标的保护范围是有限的，其限制了同类商品、或与该注册商标产品相关产品借该商标误导消费者；不相关的服务，只要该商标不是具有独创性的商标，其他类别服务仍然可以使用，并不构成侵权。例如我国有三个“长城”驰名商标，分别是长城润滑油、长城葡萄酒、长城电脑，

PDG

但彼此不构成侵权,也相安无事,并不能认为长城润滑油驰名而排斥长城电脑驰名。所以说,驰名商标并不是万能的。这正好印证了《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第4条的四个要件必须同时成立才能认定侵权或者不正当竞争。

最后,本案原告的涉案商标"新东方学校"显著性、独创性不强。正因为如此,全国各地"新东方"有数千个。

三、原告的诉请中认为被告从事的"出国中介"与原告商标核定的专用权范围——培训、教育为类似服务,同时又认为被告的域名系擅自复制、翻译原告的驰名商标而误导公众,该主张是否自相矛盾?

驰名商标的司法认定,目的在不相同服务领域上延伸保护。所以,若原、被告方从事的服务类似,就不必主张延伸保护即可获得保护;原告主张其为驰名商标,一定程度上表明其自身也认为原、被告双方的服务不相类似。所以,原告的主张自相矛盾,从而陷入两难境地。

PDG

“中国博客第一案”创造网络新规则

——一起网络博客侵权案的述评

赵西刚*

案情简介

某大学新闻传播学院副教授陈某，于2005年10月上旬的一个晚上在中国博客网发现一篇于2005年6月24日上传的题为《烂人烂教材》的心情日记。署名为“长套袜”的博客在该日记中写道：“今天一觉睡到下午3点，突然想起来明天要考陈某的《新闻伦理与法规》，遂起，复印笔记。结果发现笔记是没有用的，记得太杂且又不全，于是决定看书。一遍看下来，脑子里没有任何印象，也没有书的痕迹。陈某果然是个猥琐人，从他写的书可见一斑，没有任何逻辑性可言，甚至都没有自己的观点，简直就是个流氓……难怪一遍下来什么都记不住。”陈某认为该博客日记对其人身进行了侮辱，于是对该博客日记进行了公证，并于2005年10月24日打电话给中国博客网要求删除帖子并向他赔礼道歉。中国博客网要求陈某提供身份证明，以证实那篇博客日记中所指的人就是他，不然因无法核实身份而不能删除帖子。而陈某认为无须提供身份证明，因双方意见不一，《烂人烂教材》的帖子没能马上删除。

2005年10月31日，陈某向一审法院提起诉讼，起诉中国博客网，并提出三项诉讼请求：判令被告停止侵害，公开道歉，消除影响；要求被告赔偿精神抚慰金10000元；由被告承担本案全部诉讼费。本文作者作为中国博客网的代理律师提出：中国博客网作为网站没有民事权利能力和民事行为能力，不具备诉讼主体资格，原告起诉错误，应驳回起诉。

原告陈某撤回对中国博客网的起诉，又于2005年12月20日重新起

---

* 赵西刚：男，毕业于浙江大学法律专业，主要从事网络、证券、知识产权等民商事案件的诉讼与非诉讼代理工作，专职律师。

诉,将中国博客网的创办单位杭州博客信息技术有限公司诉至法院,诉讼请求为:判令被告在中国博客网首页刊登致歉声明,并保留242天;赔偿经济损失1324元;赔偿精神抚慰金10000元;由被告承担本案全部诉讼费。

争议焦点

1.题为《烂人烂教材》的文章是否构成名誉侵权?

2.被告对题为《烂人烂教材》的文章是否有事前审查的义务?

3.被告在接到投诉电话时是否有权要求投诉人提供身份证明?

4.被告接到投诉电话后没有及时停止传输该文章是否构成名誉侵权?

双方一审观点

【原告观点】

1.《烂人烂教材》文章中的"流氓"、"猥琐"等词具有明显的侮辱性质,对原告的名誉造成了损害,构成名誉侵权。

2.被告在《烂人烂教材》这篇文章一上传发表就有监管审查的义务,因未审查致使侮辱文章扩大影响,应承担侵权责任。

3.原告没有提供身份证明的义务。

4.被告在接到投诉电话后仍然不予删除文章,具有主观故意,更应承担名誉侵权责任。

【被告观点】

1.《烂人烂教材》文章中的"流氓"、"猥琐"等词尽管不雅,但结合作者本身的写作意图、网络的特殊语境及文章的点击率等因素分析,该作者的这些用词并没有侮辱的恶意,不构成名誉侵权。

2.网络信息量巨大,不能像对待传统媒体一样赋予类似中国博客网的网站对上传文章的事前审查义务。这不仅在技术上难以实现,而且在法律上也不公平、不合理。

3.被告有权要求投诉人提供身份证明,对类似中国博客网的网站不能仅赋予义务和责任,同样应赋予相应的权利,这是权利义务相一致原则的要求。

4.被告在接到投诉电话后的处理并无不当,其行为并不符合名誉侵权的四个构成要件,从而不构成名誉侵权,文章没有及时被删除的责任在于原告陈某拒不提供身份证明。

一审判决结果

《烂人烂教材》文章中的"流氓"、"猥琐"等词在普通人看来具有侮辱性

质从而构成有害信息,而对该有害信息被告没有事先审查的义务,只有接到投诉电话后网站才有义务停止传输该有害信息。被告在接到投诉电话后只是要求原告提供身份证明,而没有在合理时间内采取措施停止传输该有害信息,未尽到"善良管理人"的注意义务,根据《全国人大关于维护互联网安全的决定》第7条的规定,被告应承担相应的法律责任。关于被告抗辩原告在投诉时应当提供身份证明的主张目前没有法律规定,对于侮辱性语言提出的投诉,无需投诉人提供身份证明;对于非侮辱性语言提出的投诉,投诉人应当提供身份证明等书面通知以便网站核实。

鉴于被告从发现有害信息到采取措施时间间隔较短,原告也未举证被告采取措施前该信息对其造成了重大的影响,同时,本案直接侵权主体并非被告,被告过错行为发生的主要原因是其对有害信息的判断标准存在失误,在确定原告身份后立即采取措施停止传输,其主观过错程度较轻。结合目前有害信息已被删除的事实,判令被告在中国博客网首页刊登致歉声明并保留10天,向原告陈某赔偿公证费的经济损失1000元。

被告上诉观点

被告不服一审法院的判决提起上诉,认为一审法院就身份证明问题作出的判决让所有类似中国博客网的网站陷入了两难的选择。因为,权利人提出投诉时,通常都认为网站中的信息是带有侮辱、诽谤性质的,如果按这个判决,投诉人就无需提供身份证明,而网站将"左右为难":要么立即采取措施、删除被指控的文章,否则就要承担侵权责任;要么因无故删除用户的文章,违反了与用户签订的服务协议,要承担违约责任。

二审判决结果

博客用户享有言论自由,而作为提供博客服务的网络服务提供商,与博客用户存在合同关系,负有保证博客用户正当发表言论的义务。博客公司是商事经营者,其无权认定有关言论是否构成侵权,如果博客公司依据自己的判断直接删除相关内容后可能会被博客用户追诉,此时博客公司又将面临承担违约责任的风险。因此,网络服务提供商博客公司有权要求主张权利的主体提供有关身份等证据,博客公司可以据此证明其确已接到相关言论涉嫌侵权的投诉。但投诉人提供身份证明需要一个过程,而网络传播很快,如对涉嫌侵犯他人合法利益的文章不及时采取措施控制传输,将会使负面影响进一步扩大。因此,网站在要求投诉人提供身份证明的同时,应先采取措施限制信息的传播,但如投诉人在合理的期间内未提供身份证明,网站有权取消限制传播的措施恢复文章的传播。由于上诉人博客公司只是要求

被上诉人陈某提供身份证明而没有采取措施停止传输，给被上诉人陈某造成了损害。因此，驳回上诉，维持原判。

经典评析

互联网的迅速发展已经创造了一个影响我们日常生活而且将不断影响我们日常生活的虚拟世界。现实生活中的言论自由和公民名誉权之间的冲突，不仅在网络世界存在，而且因网络世界的特殊性而更显其规制的难度。此案代理律师就网络著作权法领域的“避风港”原则理应被应用于网络名誉权纠纷裁判的学理意见，最终被司法实践所确认，在网络名誉权侵权领域确认了投诉人在投诉时应向网站提供身份证明，如投诉人在合理的期间内未提供身份证明，网站有权取消限制传播的措施恢复文章传播的法律规则，无疑使得此案具有今后处理网络名誉权侵权案件时的范式意义。不惟如此，此案所引申出的一系列法律问题，诸如网络服务提供商应如何对网络进行监管、在监管过程中网络服务提供商应享有哪些权利以及应履行哪些义务、网民的言论自由权与社会公众的名誉权以及网络服务提供商的利益之间究竟应该如何平衡等等，对于互联网法制的完善都具有极强的提示意义。

（引自陈柳裕先生的评析）



后　　记

英国科学家培根说:“我们不应该像蚂蚁,单只收集;也不可像蜘蛛,只从自己肚中抽丝;而应像蜜蜂,既采集又整理,这样才能酿出香甜的蜂蜜来。”一些好律师之敬业精神真如--只勤劳的蜜蜂。执业多年,我们深深感到,律师代理案件中的思路和实务技能是一门综合性较强的学问。

本书所载案例,都是浙江省省直律师亲自代理主办的。出版此案例,能总结各律师成功的办案经验与体会,以利于日后的工作,也利于与同行、读者切磋交流,抛砖引玉,求得共同进步。本书与《律师实务研究》为姊妹系列,本书重律师实务、经验和技能,后者重律师实务理论,姊妹书系列相辅相成。在条件成熟时,姊妹书系列将再出新书。

在本书的编写过程中,陈晓军参与评审,金炜亮参与帮助整理,谨在此致以深深的感谢。

由于水平有限,本书难免有不当之处,故祈望专家、同行和读者指正,不胜荣幸!

本书编委会

二〇〇八年七月

PDG